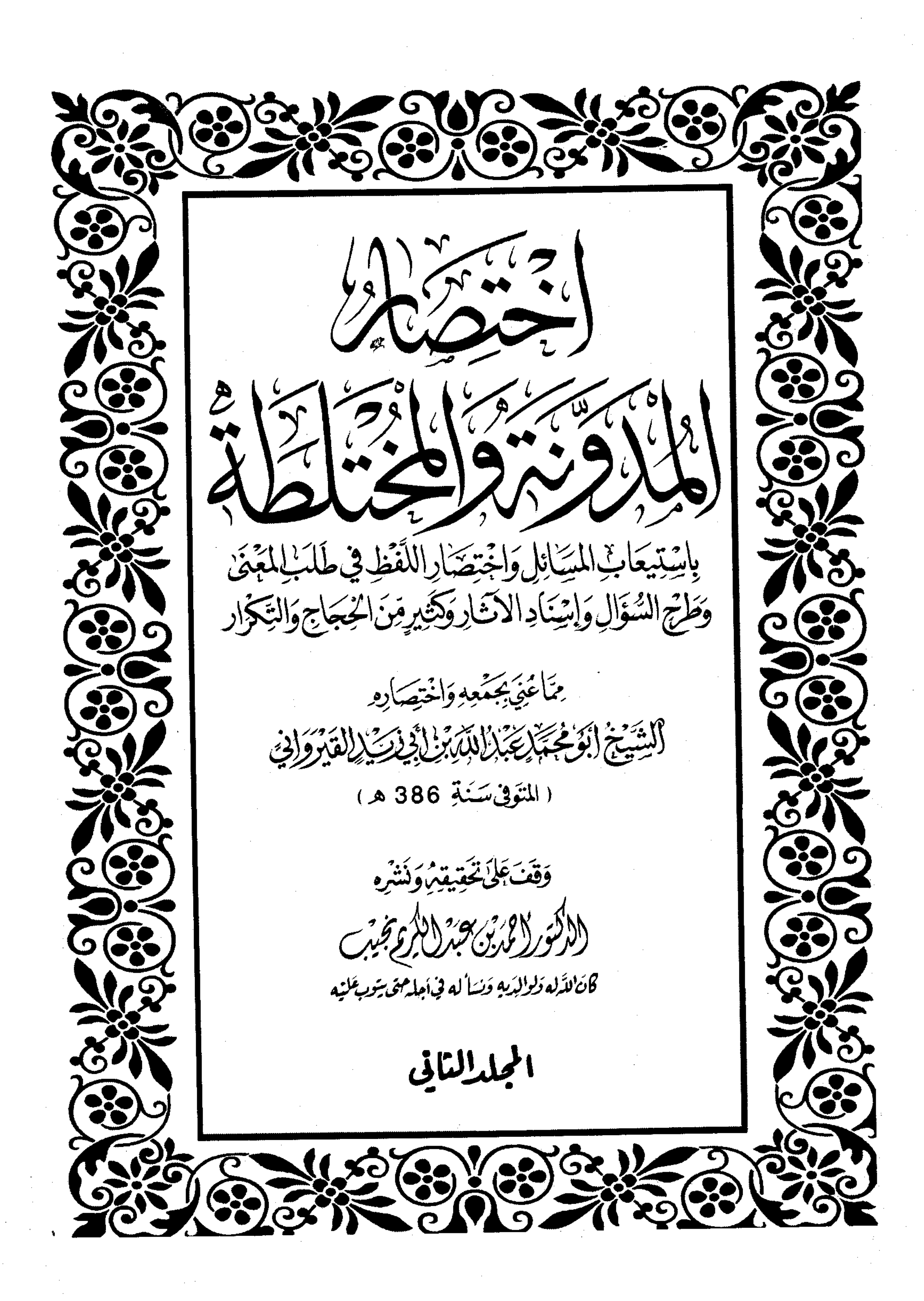


اختصار المدونة والمختلطة

باستيعاب المسائل واختصار اللفظ في طلب المعنى
وطرح السؤال وإسناد الآثار وكثير من الحجاج والتكرار

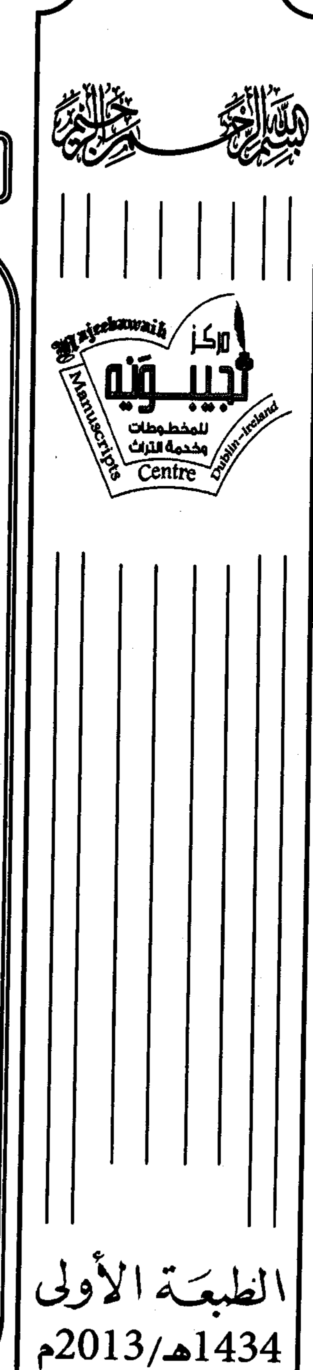
مما عني بجمعه واختصاره

الشيخ أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني
(المتوفى سنة 386 هـ)

وقف على تحقيقه ونشره

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب
كان الله له ولوالديه ونسأله في أجله حتى يتوب عليه

المجلد الثاني



تطلب منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث من:

APT 22 - ETG 2 - IMM 6 - GH 11
Madinati - Sidi El Bernoussi
Casablanca - Royaume du Maroc
Tel: (+212) 667893030 – 678899909
****

دار الجيل – الدار البيضاء– المملكة المغربية
Tel: (+212) 661173545
****

وحدة (505) - برج (أ)
16ش ولي العهد – حدائق القبة – القاهرة
جمهورية مصر العربية
Tel: (+20) 224875690 –1115550071
****

المكتبة التوفيقية – القاهرة – جمهورية مصر العربية
Tel: (+20) 25100456 – 27879565
Fax: 27879564
****

شركة الكتب الإسلامية، لصاحبها محمد محمود ولد جدو ولد مولود–
نواكشوط – الجمهورية الإسلامية الموريتانية
Tel: (+222) 46437178 – 37272726
****

دار النشر الدولي– الرياض
المملكة العربية السعودية
Tel: (+966) 504264958 – 14642545
****

www.najeebawaih.net
dr.a.najeeb@gmail.com

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات في ثنايا التحقيق

(م): النسخة التي يحفظ أصلها تحت رقم (337) في المكتبة التيمورية، الملحقة بدار الكتب المصرية.

(ف1): النسخة التي يحفظ أصلها تحت رقم (239) في خزانة جامع القرويين، بفاس المحروسة.

(ف2): النسخة التي يحفظ أصلها تحت رقم (794) في خزانة جامع القرويين، بفاس المحروسة.

(ش): النسخة التي يحفظ أصلها في خزانة العلامة محمد فال (أبَّاه) ولد عبد الله، شيخ محظرة النبَّاغيَّة، في الجمهورية الإسلامية الموريتانيَّة.

(ن): النسخة التي يحفظ أصلها تحت رقم (130ص) في خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت، في المغرب.

(ح): النسخة التي يحفظ أصلها في خزانة ابن يوسف العامة، بمراكش الحمراء.

(ت1): النسخة التي يحفظ أصلها تحت رقم (14894) في المكتبة الوطنية بتونس.

(ت2): النسخة التي يحفظ أصلها تحت رقم (14890) في المكتبة الوطنية بتونس.

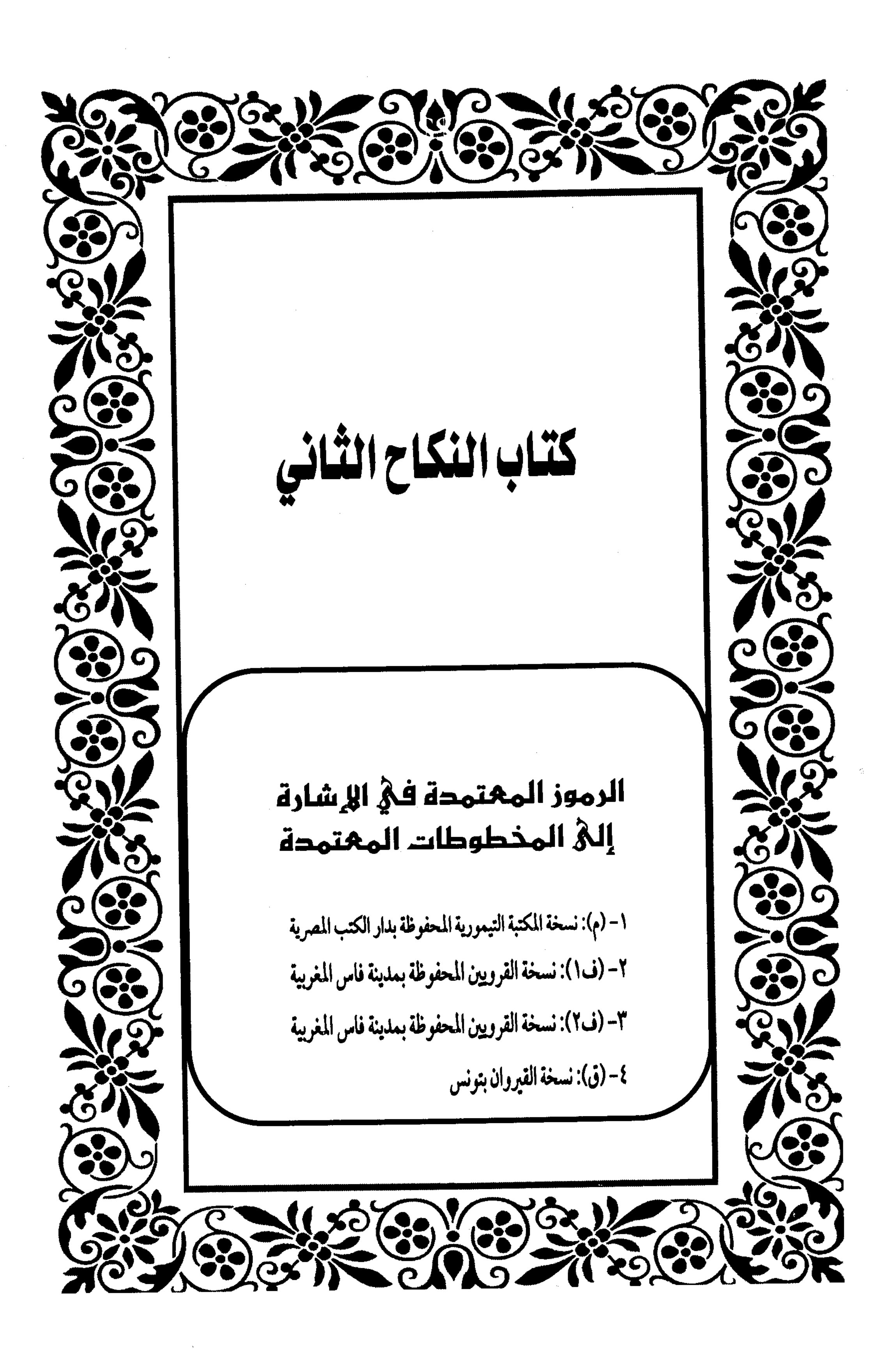
(ق): النسخة القيروانية التي يحفظ أصلها في المعهد الوطني للتراث، بالقيروان.

(ع): النسخة التي يحفظ أصلها تحت رقم (1781) في الخزانة العامة بالرباط.



رقم الإيداع القانوني في المكتبة الوطنية للمملكة المغربية: (2013 MO 1533)

ردمك: (978-9954-607-14-5)



كتاب النكاح الثاني

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١ - (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية

٢ - (ف١): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٣ - (ف٢): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٤ - (ق): نسخة القيروان بتونس



الكتاب الثاني من النكاح[1]

في الشرط في العقد أو بعده بعوض أو بغير عوض من الثاني وفيه من الأول

ومن الشروط ما يفسد به النكاح، ومنها ما يبطل الشرط ويصح العقد، ومنها ما يصح الشرط والعقد، وقد أبطل الرسول عليه السلام كل شرط ليس في كتاب الله عز وجل[2].

ومن نكح على ألا يتزوج أولا[3] يتسرر عليها، أو لا يخرجها من بلدها؛ جاز النكاح وبطل الشرط، ولو وضعت من صداقها لذلك في العقد؛ لم ترجعبه[4] وبطل الشرط[5]؛ إلا ما فيه يمين بطلاق أو عتاق أو تمليك؛ فإنه يلزم مع الكراهة للعقد بهذه الشروط، ولو شرط لها هذه الشروط بعد العقد أو بعد البناء لزمه إن كانت وضعت لذلك عنه شيئا من صداقها[6].

قال[7] محمد: قال مالك: [(م: 109/ب)] وإن لم يكن فيه غير عهد الله أنه[8] ألا يخرجها من بلدها؛ فينبغي له الوفاء بذلك، وليتق الله ولا يغرها، ولو أرسل إلى

---

(1) قوله: (كمل الكتاب الأول... من النكاح) ساقط من (ف2).

(2) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/756، في باب البيع والشراء مع النساء، من كتاب البيوع، برقم: 2047، ومسلم: 2/ 1141، في باب إنما الولاء لمن أعتق، من كتاب العتق، برقم: 1504، ومالك: 2/780، في باب مصير الولاء لمن أعتق، كتاب العتق والولاء، برقم: 1477. من حديث عائشة، ولفظه: (كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ).

(3) في (ف1): (ولا).

(4) في (ف1): (فيه).

(5) قوله: (ولو وضعت... وبطل الشرط) ساقط من (ف1)، وانظر المسألة في: المدونة: 3/378 و379.

(6) قوله: (ولو شرط لها هذه الشروط بعد العقد... صداقها) زيادة من (ف2).

(7) قوله: (قال) زيادة من (ف1).

(8) قوله: (أنه) زيادة من (ق).

السلطان لرأيت له ألا يدعه يخرج بها[1].

قال محمد: إنما[2] شرط مالك[3] في العهد؛ لأن ابن شهاب كان يوجب الشرط، وإن لم يكن فيه عهد[4]، ويقول: كان من أدركت يقضون بكل شرط عند النكاح لم يحرم.

قال محمد: أما إذا لم يكن فيه عهد ولا يمين بطلاق أو غيره؛ فإنه لا يلزم[5] وقد وضع ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه[6].

قال ابن القاسم[7]: ولو شرط لها هذه الشروط بعد العقد أو بعد البناء لزمه؛ إن كانت وضعت عنه لذلك شيئاً من صداقها؛ ثم إن أتى شيئاً من ذلك رجعت بما وضعت، فإن[8] أعطته مالاً على ألا يتزوج عليها؛ فإن فعل فهي طالق ثلاثاً؛ فإن تزوج بانت منه، ولم ترجع عليه بشيء إذ تمَّ لها شرطها[9].

ومن نكح على شرط لازم، ثم خالع أو صالح، ثم تزوجها؛ عاد عليه الشرط في بقية طلاق ذلك الملك؛ وإن شرط في نكاحه الثاني أنه إنما ينكح على ألا يلزمه من ذلك الشرط شيء؛ لم ينفعه ذلك.

ومن الثاني: وإن نكح على ألف على أنه إن كانت له امرأة أخرى فلها ألفان؛ لم يجز كالبعير الشارد، وإن نكح بألفين على أن تضع ألفاً، على أنه[10] لا يخرجها من بلدها، أو

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 180/5، وفيه: فليتق الله ولا يخرجها.

(2) في (ف1): (إنها).

(3) قوله: (شرط مالك) يقابله في (ف2): (شدد) وفي (ق): (شدد مالك).

(4) في (ف1): (عقد).

(5) في (ف2): (يلزمه).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 180/5.

(7) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ق).

(8) في (ف2) و(ق): (وإن).

(9) انظر: المدونة: 345/3.

(10) في (ف1) و(ف2): (أن).

على أنه إن أخرجها؛ فلها ألفان، فله أن يخرجها وليس لها إلا ألف[1]؛ وهو كالقائل لزوجته: إن أخرجتك من الدار فلك ألفٌ؛ فله أن يخرجها بغير شيء حتى لو انعقد عليه النكاح بألف، ثم حطته بعد ذلك[2] نصفها[3] أو أعطته من مالها على أن لا يخرجها، ولا يتسرر عليها ونحوه ففعل؛ فلها الرجوع بما جعلت له إن فعل[4] من ذلك شيئاً.

قال علي بن زياد: ولو حطته من صداق المثل في العقد بشرط[5]؛ لزمه، وإن كانت الحطيطةُ فيما ناف على صداق المثل؛ لم يلزمه، ورواه ابن نافع عن مالك[6].

جامع الدعوى في النكاح
وفي الصداق وفي متاع البيت من الثاني

قال ابن القاسم: أصل القضاء في تداعي الزوجين في الصداق قول الرسول عليه السلام: **«إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار»**[7]، والتَّداعي كله يرجع

(1) في (ف2): (الألف).
(2) قوله: (ذلك) ساقط من (ف1).
(3) في (ف1) و(ف2): (نصفها).
(4) في (م): (فعلت).
(5) في (ف1): (للشرط).
(6) انظر: المدونة: 3/378 و379.
(7) انظر: المدونة: 3/410.
وهذا الحديث روي من عدة طرق عن ابن مسعود: فأخرجه الترمذي: 3/570، في باب ما جاء إذا اختلف البيعان، في كتاب البيوع، برقم(1270) وقال أبو عيسى: هذا حديث مرسل عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود وقد روي عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود عن النبي ﷺ هذا الحديث أيضا وهو مرسل أيضا.
وأخرجه أحمد في المسند عن القاسم: 1/466، برقم(4447)، وأبي يعلي في مسنده: 8/399، برقم (4984) وإسناد أحمد حسن، وأبي يعلي ضعيف،
وأخرجه الدار قطني، عن أبي وائل: 3/21، في كتاب البيوع، برقم(71)، ومالك بلاغا: 2/671، في باب بيع الخيار، من كتاب البيوع، برقم (1350) وانظر البدر المنير لابن الملقن: 6/593.

إلى قوله ﷺ: «إن البينة على المدعي»[1].

فإن ادعت امرأة نكاح رجل أو ادعاه هو عليها؛ فلا يمين على المنكر إذ لا يقضى عليه بنكوله[2].

قال غيره: وفارق البيوع هـٰهنا؛ أنه[3] لا يستباح فرجٌ في سنة الرسول ﷺ إلا ببينة وصداق وولي فلا ينعقد نكاح بأيمان، ولو أقام الزوج شاهداً فاستُحلفت المرأةُ فنكلت؛ لم يلزمها النكاح [(م: 110/أ)] ولا تسجن[4] كما يسجن الزوج في الطلاق[5].

قال[6] سحنون: قال[7] ابن القاسم: لا يمين عليها[8].

---

(1) الحديث أخرجه الترمذي: 626/3، في باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، من كتاب الأحكام، برقم(1341) وقال أبو عيسي: هذا حديث في إسناده مقال ومحمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره، والدار قطني: 157/4، في باب خبر الواحد يوجب العمل، من كتاب الوصايا، برقم(8) وأخرجه كذلك: 218/4، في باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، من كتاب عمر ﷺ إلى أبي موسى الأشعري، برقم(53) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

وأخرجه الدار قطني: 218/4، في باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، من كتاب عمر ﷺ إلى أبي موسى الأشعري، برقم(54) من حديث عمر.

وأخرجه الشافعي في مسنده: 191/1، برقم(933)، والبيهقي: 252/10، في باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه، من كتاب الدعوى والبينات، برقم(20992)من حديث ابن عباس ﷺ، بلفظ "البينة على المدعي واليمين على المدعى"، والحديث أصله في الصحيحين بِلَفْظ: «قَضَى بِالْيَمِينِ عَلَى الْمُدعَى عَلَيْهِ».

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 441/4.

(3) في (ف1) و(ف1): (لأنه).

(4) في (م): (سجن).

(5) انظر: المدونة: 81/5.

(6) في (ف1): (وقال).

(7) في (ف1): (وقال).

(8) في (م): (عليها)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 243/9.

قال[1] محمد عن ابن القاسم: من ادعى من الزوجين على الآخر النكاح والآخر منكر؛ فلا يمين عليه، ما لم يكن شاهد[2].

وإن ادعى ذلك رجل على امرأة ذات زوج فأقام شاهداً أنه تزوجها قبله وقف[3] الزوج عنها إن ادعى بينة قريبة.

محمد: فإن لم يصح له شيء؛ فلا يمين على الزوجة المتزوجة[4].

وإن ادعى رجلان امرأة، كل واحد يدعي أنها زوجته، وأقاما البينة، ولم[5] يعلم الأول والمرأة مقرةٌ بأحدهما أو بهما أو منكرة لهما، فإن عدلت البينتان؛ فسخت نكاحيهما وكانت طلقة، ولا أقضي بأعدلهما.

قال: ثم تنكح من شاءت منهما[6]، فإن كانت بينة أحدهما غير عادلة؛ قضيت بالعادلة وأقضي في البيع[7] بأعدلهما صدقهما البائع أو كذبهما.

قال محمد: أما قوله أفسخه بطلقة فإني لا ألزم ذلك من تزوجته الآن منهما، ولكن ألزم الذي لم تنكحه متى ما نكحها طلقة[8].

قال ابن القاسم: وإن أظهرا مهراً وأسرَّا دونه أخذ بما أسرا[9].

فإن[10] اختلفا في الصداق قبل البناء من غير موت ولا طلاق، فادعت الزوجة أكثر مما أقر به الزوج؛ فالقول قولها، ويخير الزوج في تمام ما ادعت، وإلا تحالفا وفسخ

---

(1) قوله: (قال) زيادة من (ف1).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 441.

(3) في (ق): (أوقف).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 4/ 444.

(5) في (م): (ولا).

(6) قوله: (منهما) ساقط من (ف1) و(ق).

(7) في (م): (بالبيع).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 4/ 411.

(9) انظر: المدونة: 3/ 377.

(10) في (ق): (وإن).

النكاح[1] ولا صداق لها.

قال محمد: وتبدأ باليمين[2] الزوجة إن كانت ثيباً، وأما البكر فالأب يحلف دونها، وأما بعد البناء، فهو كفوت السلعة في البيع، فالقول قول الزوج.

محمد: مع يمينه[3].

قال ابن القاسم: فإن اختلفا بعد الطلاق قبل البناء في الصداق[4]؛ فالقول قول الزوج مع يمينه[5].

فإن نكل حلفت وأخذت ما تدعي، وكذلك إن ماتت قبل البناء فادعى ورثتها تسمية، وادعى الزوج تفويضاً؛ فالقول قوله مع يمينه.

قال ابن حبيب: في اختلاف الزوجين: تحلف قبل البناء الثيبُ، فإن كانت بكراً حلف الأب، ثم للزوج الرضا بذلك أو يحلف، ويفسخ النكاح كان اختلافهما في قلة الصداق وكثرته[6] أو في نوعه؛ فأما بعد البناء، فيحلف الزوج ويبقيان[7] زوجين إن اختلفا في العدد فإن كان في النوع؛ تحالفا وردت الزوجة إلى صداق المثل إلا أن يرضى هو بما ذكرت أو ذكر الأب في البكر[8]؛ وإنما يحلف الأب في صداق البكر؛ لأنه كوكيل

---

(1) عياض: قيل: ظاهره بغير طلاق، وقد يقال بطلاق؛ وذلك لاختلاف الناس في فسخه بعد التحالف جملة أو تخيير أحد الزوجين في الرضى بقول صاحبه وثبوته، والقولان عندنا أو لبقائه وتصحيحه بصداق المثل، وهو قول الشافعي.

ولا أحسبهم يختلفون أنه إذا وقع الطَّلاق بإثر التحالف وقبل الحكم بفسخه أنه يقع، وإنما النزاع في فسخه.

وقد قال ابن القاسم وغيره: كل نكاح اختلف الناس فيه فالفسخ فيه بطلاق. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 838.

(2) قوله: (وتبدأ باليمين) يقابله في (ف1): (يبدء بيمين).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 4/480.

(4) قوله: (في الصداق) ساقط من (م).

(5) انظر: المدونة: 3/410.

(6) في (ف2): (أو كثرته).

(7) في (ف2): (ويبقيا).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 4/480.

مفوض إليه فهو وليه دونها، ولم يكن لها فيه رأى ولا أمر.

قال ابن القاسم: وإذا قال الزوج: قد دفعت الصداق[1] فأنكرت الزوجة، أو مات فادعت أنها لم تقبض صداقها[2]؛ فلا شيء لها؛ إن كان دخل وإن لم يكن دخل فالقول قولها.

وكذلك لو ماتا وتداعى ورثتهما فالقول قول ورثة الزوج في المدخول بها، وفي التي لم يدخل بها قول ورثتها، وإن قال ورثته في المدخول بها: قد دفعه أو قالوا: لا علم لنا؛ فلا شيء عليهم، فإن ادعى ورثتها عليهم [(م: 110/ب)] العلم حلفوا أنهم لا يعلمون أنه لم يدفع ولا يمين على غائب ومن يعلم أنه لا علم عنده[3].

وإن نكح على نقد وأجل فادعى بعد البناء أنه دفع المؤجل فأكذبته[4]، فإن بنى بها بعد الأجل؛ صدق، وإن بنى قبل الأجل؛ فالقول قولها كان المؤجل دنانير أو حيواناً مضموناً مع الأيمان فيما ذكرنا.

ولو اختلفا في متاع البيت؛ وهما زوجان أو عند طلاق أو خلع أو لعان أو فراق بإيلاء أو غيره أو ماتا أو أحدهما فاختلف[5] الورثة، والزوجان حران أو عبدان أو أحدهما عبد أو كانت الزوجة ذمية؛ فإن لم تقم بينة قضي للمرأة[6] بما يعرف أنه للنساء وللرجل بما يعرف أنه[7] للرجال أو للرجال والنساء؛ لأن البيت بيته.

قال سحنون: بغير يمين فيما يعرف بأحدهما، وما كان يعرف بهما[8]؛ فهو للرجل مع يمينه[9].

---

(1) في (ف2): (المهر).

(2) في (ف1) و(ف2): (صداقا).

(3) انظر: المدونة: 3/408، وما بعدها.

(4) في (ف1): (وأكذبته).

(5) في (ف2): (فاختلفت).

(6) في (م): (المرأة).

(7) قوله: (أنه) ساقط من (م).

(8) في (ف2): (لهما).

(9) انظر: التبصرة، للخمى، ص: 2042.

قال[1] مالك في المختصر الكبير[2]: ما عرف بأحدهما فهو له، وما عرف بهما حلف الرجل وكان له؛ فإن نكل حلفت المرأة[3] وكان لها، وما عرف بالمرأة فأقام فيه بينة؛ حلف ما أعطته فيه ثمناً، وكان له[4].

قال[5] ابن حبيب: بعد يمين من يقضي له منهما على الميت[6] أو وارثه على أنه لا يعلم للآخر فيه شيئاً، وقاله المشايخ السبعة.

قال المغيرة: وما كان يعرف بالرجل ويعرف بالمرأة فهو بينهما بعد أيمانهما[7].

وكذلك قال ابن القاسم في غير المدونة في هذا[8].

قال ابن القاسم: ولا أبالي لمن كانت رقبة الدار منهما، أو إن[9] كانت لغيرهما[10].

ومن أقام بينة فيما يعرف بالآخر كان له، وكذلك البينة على أنه ولي شراءه بعد يمينه أنه ما اشتراه إلا لنفسه، والمتاع الذي يعرف للنساء مثل الطست والتور والمنارة، والقباب والحجال والبسط والوسائد والفرش والمرافق والأسرة وجميع الحلي، إلا السيف والمنطقة والخاتم الفضة، فذلك للرجال.

وللرجل رقبة الدار وجميع الرقيق ذكراناً كانوا[11] أو إناثاً.

وأما العبد يعرف للمرأة فيه حوز فهو لها، وأما أصناف الماشية، فلمن حازها إذ

---

(1) في (ف1) و(ق): (وقال).

(2) قوله: (الكبير) زيادة من (ف1).

(3) قوله: (المرأة) ساقط من (ف1).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 616/4.

(5) في (ف1) و(ق): (وقال).

(6) في (م): (البت).

(7) في (ف1): (أيمانها)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 616/4 و617.

(8) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 444/5.

(9) قوله: (إن) زيادة من (م).

(10) انظر: المدونة: 41/4.

(11) قوله: (كانوا) ساقط من (م).

ليس من متاع البيت، وكذلك ما في المرابط من خيل وبغال وحمير فلحائزه.

ومن المختصر عن مالك: وأما[1] ما نسجته هي والصوف من عنده فهو بينهما لها بقدر قيمة العمل، وله بقدر قيمة صوفه.

قال في الواضحة: والخصّ كالدار إلا أن يعرف للزوجة[2].

في[3] القضاء في نصف الصداق في الطلاق قبل البناء ونمائه ونقصه وغلته وجنايته وتغيره وغير ذلك من أحكامه والعفو عنه والرضا بدون صداق المثل في التفويض

قال الله ﷻ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ [سورة البقرة آية: 237]، وهنّ النساء ﴿أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [سورة البقرة آية: 237]، وهو الأب في ابنته البكر والسيد في أمته [(م: 111/أ)].

ورأى أهل المدينة أن ما اشترت المرأة[4] بالصداق مما يصلحها بينهما إذا طلقها لا شيء له غيره، إذ كان عليها أن تشتري ذلك؛ فكأنه بإذن منه، وذلك مثل ما يصلحها من جهاز وفرش وطيب، وخادم وكسوة ونحوه، وليس لها أن تحبسه وتدفع إلى[5] الزوج عيناً، ولو اشترت بالصداق منه داراً أو عرضاً، كان له نصف ذلك ولو كان شراؤها لذلك من غيره رجع عليها بنصف ما دفع[6].

ولو سمى صداقاً، ثم زادها فيه طوعاً، فلم تقبضه حتى مات أو طلق قبل البناء، فلها نصف الزيادة إن طلق، ولا تأخذه إن مات إذ هي عطية لم تقبض.

---

(1) قوله: (أما) ساقط من (ق).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 4/618.

(3) قوله: (في) زيادة من (م).

(4) قوله: (المرأة) ساقط من (ف1) و(ف2).

(5) قوله: (إلى) ساقط من (ف1).

(6) انظر: المدونة: 3/394.

وكل ما فسخ قبل البناء بغلبة؛ فلا صداق فيه.

قال في كتاب العدة: ولو تلذذ منها بها[1] دون الجماع فإنها تقاص[2] من تلذذه بها، فأنكر ذلك سحنون وطرحه[3].

ولو نكح بتفويض لم يكن لها إن طلق ولم يبن بها غير المتعة[4]، ولو سمى قبل الطلاق ما رضيت به ورضي به الولي إذا كان يجوز أمره بولاية[5] وهو الآن في البكر[6]، فلها نصفه ولا متعة لها[7].

ولو رضي الأب لها وهي بكر بدون صداق المثل؛ جاز عليها وإن رضيت بكر بذلك، ولا أب لها؛ فلا قول لها[8] ولمن يلي عليها رده، ولو لم تولِّ[9]؛ لم يجز[10] ذلك، ولا عفوها عن نصف الصداق بعد الطلاق قبل البناء، وقيل: إن لم تولِّ[11] فذلك جائز، وللأب أن يعفو عن نصف الصداق في البكر، ولا يجوز ذلك له قبل الطلاق، ولا عفوه عن جميع الصداق على مطلقة مدخول بها إلا أن يصالح عليها صلحاً قبل البلوغ. قاله في كتاب الخلع.

وإذا فرض الزوج صداق المثل في التفويض؛ فلا قول لمن أباه من زوجة أو ولي وفي باب التفويض[12]، وباب الخلع، وباب نكاح البكر من هذا المعنى، وكل ما أصدق الرجل من حيوان أو غيره مما هو بعينه، وقد قبضته أو لم تقبضه ثم طلق قبل

---

(1) قوله: (بها) زيادة من (م).

(2) في (ف2): (تعاض).

(3) انظر: المدونة: 4/350.

(4) في (ق): (المتاع).

(5) في (ف1) و(ف2): (بولائه).

(6) قوله: (وهو الآن في البكر) زيادة من (ف2).

(7) انظر: المدونة: 3/385.

(8) انظر: المدونة: 3/385.

(9) في (ف2): (يولى عليها).

(10) في (ف1): (تجز).

(11) في (ف2): (تولى عليها).

(12) انظر: المدونة: 3/402.

البناء؛ فلها نصفه يوم طلق مكانه دون قضاء قاض بنمائه، أو نقصه في سوق أو بدن أو بحدوث عيب أو بولد، وهما كالشريكين فيه، ولو كانت قبضته ثم وهبته لأحد وهي جائزة الأمر فللزوج عليها نصف قيمته يوم الهبة نما عند الموهوب له[1] أو نقص وقيل: قيمته يوم قبضته[2]؛ لأنها ضامنة له لو هلك.

قال[3] محمد: وإن باعته فعليها نصف الثمن إن لم تحاب[4].

وإن كان عبداً فأعتقته غرمت نصف قيمته يوم العتق، ولا يرد العتق موسرةً كانت يوم العتق أو معسرةً؛ لأنها إذا كانت معسرة يوم العتق، وقد علم الزوج فتركه ذلك رضاً، ولو قام حينئذ رده إن شاء إن زاد على ثلثها و[5] لم يعتق منه شيء ثم إن طلق قبل البناء فله[6] نصفه.

قال مالك: ويعتق عليها نصفه[7].

قال أشهب: لا[8] يعتق لرد الزوج عتقه أولاً.

قال أشهب وعبد الملك: ورويَ لمالك أن ذات الزوج إن أعتقت ثلث عبد لا تملك غير ذلك العبد، خير الزوج فإما أجازه [(م: 111/ب)] فيعتق جميعه، أو يرد فلا يعتق منه شيء.

قال[9] ابن القاسم: يجوز عتق ثلثه ولا يعتق منه غير ذلك الثلث وإن كره الزوج ورواه عن مالك[10].

---

(1) قوله: (له) زيادة من (ف2).

(2) في (ف2): (قبضه).

(3) قوله: (قال) زيادة من (ف1).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 4/484.

(5) زاد بعد في (ف1): (لو).

(6) في (ف2): (فلها).

(7) انظر: المدونة: 3/390.

(8) قوله: (لا) ساقط من (ف1).

(9) في (ف1) و(ف2): (وقال).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 12/212.

ولو كان عبداً أصله لها إذا أعتقته[1] كله فرده يومئذ عتق الآن جميعه[2] إذا طلقت، وكذلك بعد موت الزوج.

وكذلك ما رد من عتق مفلس، ثم أيسر وهو بيده، قال مالك: يعتق عليه[3].

وبلغني أنه قال في الزوجة: يعتق عليها، ولا أدري هل يرى أن يقضى بذلك عليها أم لا؟ والذي أرى أن لا يقضى عليها بهذا العتق الذي ذكرنا، ولا ينبغي لها ملكه.

وإن[4] تزوجها على من يعتق عليها[5] عتق عليها بالعقد[6]، وإن[7] طلقها[8] قبل البناء اتبعها بنصف القيمة في العسر واليسر ولا يتبع العبد، ولا يرده[9] كمعسر[10] أعتق بعلم غريمه فلم ينكر.

وبلغني عن مالك قول أنه كره له أن يرجع عليها في هذا شيء، وبأول قوله[11]:

---

(1) في (ق): (عتقته).

(2) في (ف2): (كله).

(3) انظر: المدونة: 5/291.

(4) في (ف2): (وإذا).

(5) قوله: (عليها) ساقط من (ف2).

(6) عياض: قال في كتاب ابن حبيب: بكرا كانت أو ثيبا، علمت به أو لم تعلم معنى مسألة المدونة عند بعضهم إنما تصح في الثيب الجائزة الأمر؛ إذ البكر والسفيهة ليس لوليهما أن يتلف عليهما مالهما، ورضاها هي كلا رضا.
قال: وما قاله ابن حبيب خلاف هذا، وهو في البكر ضعيف؛ لما ذكرناه، لكن فضلا قد أشار إلى أن مذهب ابن القاسم كمذهب ابن حبيب على الجملة من غير تفسير لكنها إن كانت غير مولى عليها فيصح على القول بجواز أفعالها. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 828 و829.

(7) في (ف2): (فإن).

(8) في (ق): (طلق).

(9) في (ف2) و(ف1): (يرد).

(10) في (ف1): (معسر).

(11) قوله: (شيء، وبأول قوله) يقابله في (ف2): (بشيء، وبقوله الأول) وفي (ق): (شيء، وبقوله الأول).

أقول[1].

ولو نكحها بعبد فجنى؛ خيرت فإن فدته[2] لم يأخذ منها نصفه إن طلق قبل البناء إلا بدفع نصف ما فدته به[3].

قال[4] محمد: وإن حابت يريد؛ إلا أن تعطي أكثر من الأرش، وإن أسلمته فلا شيء له إلا أن تحابي، فيكون على نصفه في العبد.

قال[5] محمد: يكون على خياره فإن مات[6] العبد؛ رجع عليها بما زادت نصف[7] قيمته على نصف الأرش[8].

قال ابن القاسم[9]: ولو لم تسلمه بعد كان بمنزلها[10] في نصفه.

وإن نكحها على حائط أو عبد ثم طلق قبل البناء، فما أغلت[11] الثمرة أو العبد بينهما[12] كان بيدها، أو بيد الزوج وللذي هو في يده[13] على الآخر قدر سعيه[14] وعلاجه في حصة الآخر.

قال[15] محمد: لا يجاوز الغلة.

---

(1) انظر: البيان والتحصيل: 4/274.

(2) في (ف1): (أفدته).

(3) انظر: المدونة: 3/392 و393.

(4) قوله: (قال) زيادة من (ف1) و(ف2).

(5) قوله: (قال) زيادة من (ف1) و(ف2).

(6) في (ق): (فات).

(7) قوله: (نصف) زيادة من (ف2).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 4/493.

(9) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ق).

(10) في (ف2): (بمنزلتها).

(11) في (ق): (غلت).

(12) في (ف2): (فبينهما).

(13) في (ق): (يديه).

(14) في (ف2): (سقيه).

(15) قوله: (قال) زيادة من (ف1) و(ف2).

قال ابن حبيب: وليس لها مما أنفقت على العبد شيء بخلاف النفقة على الثمرة.

قال ابن القاسم: وعلى مستهلك الغلة ردها.

وكذلك الأمة تلد عندها أو عند الزوج أو يوهب لها أو[1] للعبد مال، وكذلك ما أغلَّ أو تناسل من غنم أو إبل أو بقر، أو ثمر من شجر أو نخل أو كرم[2]، ومن استهلك شيئاً ضمنه، ويرجع الذي سعى[3] على صاحبه بما عالج، وقيل: إن[4] كل غلة أو ثمرة للمرأة خاصة بضمانها.

قال[5] محمد: قيل الغلة بينهما والنفقة على المرأة وأحب إلي أن تكون[6] النفقة من الغلة، فإن لم تكن غلة؛ فلا نفقة على الزوج استحباباً[7].

قال ابن القاسم: ولو هلك العبد بيده كان له البناء، ولا صداق عليه[8].

وإذا وهبت صداقها للزوج بعد أن قبضته أو قبل[9] وهي جائزة الأمر، ثم طلق قبل البناء؛ فلا رجوع له عليها بشيء[10]، ولو وهبته نصفه فله الربع عليها إن قبضته، ولها[11] عليه إن لم تقبضه وكذلك هي[12] في هبتها ستين من مائة وأربعين[13] وقبضت الباقي فعليها نصف ما قبضت.

وإن وهبت مهرها لأجنبي قبل قبضه وحمله ثلثها؛ جاز، وإن جاوز الثلث؛ بطل

---

(1) في (ف2): (و).

(2) في (م): (كرث)، وانظر المسألة في: المدونة: 3/ 391 و392.

(3) في (ف2): (سقى).

(4) في (ف2): (في).

(5) قوله: (قال) زيادة من (ف1) و(ف2).

(6) في (م): (يكون).

(7) قوله: (استحبابا) ساقط من (ق).

(8) انظر: المدونة: 3/390.

(9) في (ف1) و(ف1): (وقبل).

(10) قوله: (بشيء) ساقط من (م) و(ق).

(11) في (ف2) و(ق): (أو لها).

(12) قوله: (هي) زيادة من (ف1).

(13) في (ف1) و(ف2): (أو أربعين).

جميعه[1] إلا أن يجيزه الزوج، وإن حمله الثلث فلم يقبضه الموهوب له[2] حتى طلقت قبل البناء وهي[3] موسرة؛ فللموهوب أخذ الزوج به وللزوج الرجوع عليها بنصفه [(م: 112/أ)].

وإن كانت يوم طلّق معسرةً حبس الزوج نصفه، ودفع نصفه إلى الموهوب، ولو قبض الأجنبي جميعه قبل الطلاق؛ لم يرجع عليه الزوج بشيء[4] كانت الزوجة يوم الهبة معسرة أو موسرة أو الآن، ولأن دفعه ذلك إليه وهي معسرة إجازة لما فعلت، وتتبع المرأة بنصفه[5].

قال محمد: ورويَ لابن القاسم أن للمرأة أن ترجع على الموهوب له[6] بما تغرم للزوج، وهذا خلاف لقوله الأول[7].

قال غيره: إن كانت يوم الهبة موسرةً، ولم يقبضه الموهوب لم أنظر إلى عسرها يوم الطلاق، وعلى الزوج دفع جميعه إلى الموهوب ومتابعتها بنصفه.

وفي كتاب الزكاة مسألة من هذا الباب: إذا أصدقها غنماً[8].

ومن كتاب الديات: قال مالك: وإن فلست امرأة ثم داينت آخرين، ثم تزوجت فأخذت مهرها؛ فليس لها أن تقضيه في دينها، ولا لغرمائها أخذه، وإنما لها أن تقضي ديناً خفيفاً كالدينار ونحوه.

قال[9] محمد عن مالك: أو[10] الدينارين يريد من صداق كبير فأما[11] أن تقضي

---

(1) قوله: (جميعه) ساقط من (م).
(2) قوله: (له) زيادة من (م).
(3) في (ق): (وهو).
(4) قوله: (بشيء) زيادة من (ف2).
(5) انظر: المدونة: 387/3 و388.
(6) قوله: (له) ساقط من (ق).
(7) انظر: النوادر والزيادات: 493/4.
(8) انظر: المدونة: 251/2.
(9) قوله: (قال) زيادة من (ف2).
(10) في (ف1) و(ف2) و(ق): (أو الدينارين)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 496/4.
(11) في (ف1): (وأما).

مهرها في الدين وتُبقي[1] زوجها بلا جهاز فليس ذلك لها.

ما جاء في[2] القضاء في الصداق ونفقة[3] الزوجات ومن عجز عنهما والدعوى في ذلك وفيمن أنفق على أجنبي

قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [سورة النساء آية: 4]، وقال سبحانه: ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [سورة النساء آية: 24]، وقال ﷻ في النفقة: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [سورة الطلاق آية: 7].

قال ابن القاسم: فللزوجة منع نفسها حتى تقبض صداقها[4] إن كانا بالغين ولها أخذه بعد تمام العقد[5]؛ إن نكحها على النقد نكاح الناس.

قال[6] ابن حبيب: وإذا لم يجد الصداق، ولم يبن بها كلف النفقة، وفسح له في أجل الصداق، فإن لم يجد أيضاً النفقة[7] أجل أجلاً دون ذلك الصداق مثل الأشهر إلى السنة، وإن وجد النفقة أجل السنة والسنتين، والثلاث لمالك في العتبية والموازية[8].

وإن دخل ولم يجد نفقة[9] أجل الشهر والشهرين؛ إذا رجي[10] أن يجد في الشهر ونحوه إذا لم تجد هي[11] ما تنفق.

---

(1) في (ف1) و(ف2): (ويبقى).
(2) قوله: (ما جاء في) زيادة من (م)، يقابله في (ق): (الثالث من اختصار كتاب النكاح).
(3) في (ق): (ونفقات).
(4) انظر: المدونة: 4/21.
(5) في (ف2): (العقدة).
(6) قوله: (قال) ساقط من (ق).
(7) في (ق): (نفقة).
(8) قوله: (والثلاث لمالك في العتبية والموازية) زيادة من (ف2)، وانظر المسألة في: البيان والتحصيل، لابن رشد: 5/457، والنوادر والزيادات: 4/602، وما بعدها.
(9) في (ف1): (نفقة).
(10) في (ف2): (رجي).
(11) قوله: (هي) ساقط من (ق).

وإن نكح بنقد وأجل فإن دفع النقد كان له البناء؛ فإن لم يجد تلوم له الإمام وضرب له[1] الأجل، فإن[2] لم يقدر فرق بينهما، وإن أجرى النفقة، وإن[3] أعسر بعد البناء لم يفرق بينهما إذا أجرى النفقة، ويختلف التلوم فيمن يرجى له ومن لا يرجى له.

وإن نكح بعبد بعينه فهلكَ عنده؛ فله الدخول[4]، ولا صداق عليه.

وللزوج أن يظعن بزوجته، وإن كرهت وينفق عليها، وإن قالت: حتى آخذ صداقي وقد بنى بها؛ فله الخروج بها، ولتتبعه به ديناً.

ولا يلزم من لم يدخل نفقة حتى تبتغى منه أو يدعى إلى البناء؛ فإن دعي إليه لزمته النفقة والصداق إلا أن يكون أحدهما لم يبلغ حدَّ الجماع فلا يلزمه صداق، ولا نفقة حتى يبلغا ذلك[5]، وذلك في الصبي الاحتلام لا[6] يلزمه [(م: 112/ب)] حتى يحتلم، وإن كان مثله يطأ، وهي أن يكون مثلها يوطأ.

وإن دعي[7] إلى البناء وهي رتقاء[8]، خُيِّرَ أن يقيم أو يفارق، فإن فارق فلا صداق لها، إلا أن تعالج نفسها بأمر يوصل به إلى جماعها، ثم يدعوه إلى البناء؛ فلها الصداق والنفقة، ولا تجبر[9] على العلاج[10].

وإن دعته إلى أن يبني أو ينفق وأحدهما مريض مرضاً لا يقدر معه على الجماع؛

---

(1) قوله: (له) زيادة من (ف1).

(2) في (ف1): (وإن).

(3) في (ف1) و(ف2): (لو)، وفي (ق): (ولو).

(4) في (ف1): (الرجوع).

(5) قوله: (ذلك) زيادة من (ف2).

(6) في (ف2): (ولا).

(7) في (م): (ادعى).

(8) الرتقاء: التي لا يوصل إلى وطئها؛ لانسداد فرجها بعظم أو لحم ناتئ، أو شبه ذلك. انظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، للجُبِّي، ص: 81.

(9) في (م): (يجبر).

(10) انظر: المدونة: 18/4.

لزمه أن ينفق أو يدخل، وإذا كانا صحيحين في العقد لم أنظر إلى ما حدث إلا مرضاً بلغ حد السياق؛ فلا يلزمه ذلك، والصداق أوجب من النفقة في هذه المسائل؛ لأن لها منع نفسها حتى تقبضه.

ولو تجذمت بعد النكاح حتى لا يجامع معه فدعته إلى البناء، خير أن يفارق أو يدخل ويدفع الصداق، وينفق ولا نفقة لها ما دام منع البناء من سببها.

ولو دعا الزوج إلى البناء، وهي[1] لا يجامع مثلها من صغر؛ فلهم منعه إلى بلوغ ذلك. وفي التي شرطوا ألا يدخل إلى سنة إن كان لصغر أو لاستمتاع منها لتغربه بها؛ جاز وإلا بطل الشرط[2].

ومن أعوزته النفقة فرق بينه وبين الزوجة بعد التلوم كانا حرين أو عبدين، أو أحدهما إلا أن يرضى بالمقام، كما يفرق بينهما إذا فقدت منه[3] الجماع؛ لأنه عنين أو اعترض عنها وذلك أيسر من فقد[4] الغذاء، وقاله ابن المسيب.

وقال: إذ[5] قيل له: أذلك سنة ؟ فقال كالمغضب: نعم سنة.

وضرب عمر بن عبد العزيز في تلوم النفقة أجلاً شهراً وشهرين[6].

ولا يباع العبد في نفقة زوجته.

وإذا[7] فرق بين الزوجين لعدم النفقة؛ فالفراق بطلقة[8]، فإن أيسر في العدة ارتجع، وإلا فلا رجعة له، وإن وجد النفقة عليها دون صغار ولده منها لم تطلق عليه؛ إذ لا تلزمه النفقة[9] في الولد إلا في يسره.

---

(1) في (ق): (وهو).

(2) انظر: المدونة: 19/4.

(3) قوله: (منه) زيادة من (ف2).

(4) في (م): (هذا).

(5) في (ف1): (إذا).

(6) انظر: المدونة: 31/4.

(7) في (ف2): (فإذا)، وفي (ف1): (وإن).

(8) في (م): (طلقة)، وفي (ف2): (تطليقة).

(9) قوله: (النفقة) ساقط من (ق).

قال[1] محمد قال مالك[2]: وإن لم تكن[3] علمت أنه فقير عند نكاحه إياها، فلها ذلك إلا أن تعلم ذلك[4] هي أنه من السؤال قبل نكاحه[5] فلا حجة لها[6].

قال أصبغ: وإن فرقنا بينهما قبل البناء لعدم النفقة[7]؛ فلها نصف الصداق، وكذلك في الفراق قبل البناء لعدم الصداق قاله ابن القاسم وابن وهب.

وروى سحنون عن ابن نافع فيمن جن قبل البناء أو أعدم بالصداق فطلق عليه قبل البناء أنه لا صداق لها؛ لأن الفراق من قبلها[8].

قال ربيعة وغيره في الفقير: إن وجد قواماً من الخبز والزيت وغليظ الثياب؛ لم تطلق عليه، وأما الشملة والعباءة[9]؛ فلا، وليس عليه خادم إلا في يسره.

قال ربيعة: ويتعاونان في الخدمة[10].

قال[11] ابن القاسم: وليس على المرأة من خدمتها، وخدمة بيتها[12] شيء[13]،

---

(1) قوله: (قال) ساقط من (م).

(2) قوله: (قال مالك) ساقط من (ف1).

(3) قوله: (لم تكن) ساقط من (ف2).

(4) قوله: (ذلك) ساقط من (ق).

(5) في (ف1): (إنكاحه).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 4/ 601.

(7) قوله: (لعدم النفقة) زيادة من (ف2).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 4/536.

(9) عياض: والعباء ممدود: أكسية صوف خشن، ومثله الشِمال، بكسر الشين، جمع شَملة، بفتحها. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 866.

(10) انظر: المدونة: 4/32.

(11) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(12) في (م): (بنيها).

(13) عياض: وما حكاه عن ربيعة في الخدمة: (تعين بقوتها عند العسر) وفاق ما في كتاب ابن حبيب وغيره في غير ذات الشرف، وخلاف لما وقع لمالك في الباب بعد هذا من قوله: (ليس عليها من خدمة بيتها شيء)، ومثله في العتبية.
وفي المبسوطة: لا يلزمها من خدمة بيتها شيء، لا عجين، ولا كنس إلا أن تطوع، إلا لمثل أصحاب الصفة التي إن لم تطحن لزوجها... طحنت لغيره.

=

ويفرض لها نفقتها ونفقة خادم واحدة من خدمها[1].

محمد: إن شاءت خادمها دون خادمه[2] فذلك لها.

وإن خاصمت في النفقة فرض لها شهراً بشهرٍ[3] أو أقل[4] أو أكثر بقدرها من قدره في عسره ويسره، ولا يؤخذ الحاضر فيه[5] بكفيل، وإن[6] سافر فرض لها بقدر ما يرى من إبعاده ومقامه، فيدفعه إليها أو يقيم [(م: 113/أ)] لها به كفيلاً يجريه[7] لها.

ولو طلق وأراد سفراً وقالت[8]: أخاف حملاً فأقم لي بالنفقة كفيلاً[9]، لم يلزمه إلا في حمل ظاهر، فإن ظهر بعد أن سافر؛ اتبعته بما أنفقت إن كان يومئذ موسراً، وكذلك =

وحكى الصديني، وغيره الفاسي عن عيسى بن دينار أنها تطلق عليه بعدم الخدمة، وحكاه ابن وضاح عن سحنون.

قال في الواضحة: إلا أن يعسر الزوج، وإن كانت ذات قدر وشرف، فليس عليه إخدامها، وعليها الخدمة الباطنة كما هي على الدنية.

وقال ابن مسلمة: عليها خدمة داخل بيتها واجب لزوجها.

وقال ابن نافع: عليها أن تنظف وتفرش وتقوم وتخدم.

وقال ابن خويزمنداد: على المرأة أن تخدم خدمة مثلها، وإن كانت ذات قدر فخدمتها الأمر والنهي في مصالح المنزل، وإن كانت دنية فعليها الكنس والفرش وطبخ القدر وعليها استقاء الماء إن كانت عادة البلد، لعله يريد: من بئر دارها أو مما يقرب من منزلها ويخف.

قال: وقد قال أصحابنا: ليس عليها خدمة غير التمكين من نفسها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 867 و868.

(1) انظر: المدونة: 2/193.

(2) قوله: (دون خادمه) ساقط من (م).

(3) في (م): (شهر).

(4) في (م): (و أقل).

(5) في (ف1): (فيها).

(6) في (ف1): (فإن).

(7) في (م): (يجزيه).

(8) في (ق): (فقالت).

(9) في (ق): (حميلاً).

لو أنفقته[1] وهو حاضر، ولم تطلبه لكان لها اتباعه بما أنفقت في الحمل[2].

ويلزم العبد نفقة زوجته الحرة، وأما الأمة تحته أو تحت حر فلها النفقة أيضاً كانت[3] تبيت عند الزوج، أو عند أهلها ورويَ هذا عن مالك[4].

ورويَ أنه لا نفقة لها حتى تتبوأ معه[5] بيتاً، ورويَ أنها إن باتت عنده[6]؛ فذلك عليه، وإن كانت نهاراً عند أهلها.

وقال عبد الملك: ينفق حين تأتيه[7]، ولا ينفق في وقت[8] تكون عند أهلها.

وقال أشهب: لا نفقة لها واستحب مالك: ألا تنكح حتى تشترط[9] النفقة على العبد بإذن ربه[10].

قال ابن القاسم: والنفقة في مال العبد إن كان له مال، ولا نفقة لها من كسبه وعمله وذلك لسيده؛ فإن لم يجد غيره فرق بينهما إلا أن يتطوع[11] السيد بالنفقة، ولا تلزمه نفقة ولده الأحرار أو العبيد[12].

ومن نكح أمة فليس له[13] أن تتبوأ[14] معه بيتاً. قال ابن شهاب إلا أن يشترط ذلك على ساداتها.

---

(1) في (ق): (أنفقت).

(2) انظر: المدونة: 4/24 و25

(3) قوله: (كانت) ساقط من (م).

(4) انظر: المدونة: 4/20.

(5) قوله: (تتبوأ معه) يقابله في (ق): (يتبوأ معها).

(6) في (ق): (عنه).

(7) في (م): (باتت).

(8) في (ف1): (حين).

(9) في (م): (يشرط).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 4/608 و609.

(11) في (ق): (يطوع).

(12) انظر: المدونة: 4/22.

(13) في (م): (لها).

(14) في (ف1): (تبوأ).

قال ابن القاسم: وليس للسادة منعه الوطء وإشغالها[1] إذا أراده فلا يضروا به، ويمنع هو من الضرر بهم.

قال:[2] وإن بيعت فليس للمبتاع منعه منها، وإن بيعت بموضع لا يصل إليها، فله طلبها والخصومة إن منع منها، ويتبعه البائع بمهرها[3].

وإن أسلم المجوسي فلا نفقة لزوجته إذ لا يؤخر.

وإذا قبضت الزوجة نفقة شهر، فتلفت قبل الشهر أو أنفدتها[4]، أو تخرقت الكسوة أو سُرقت قبل مدتها؛ فلا شيء على الزوج، وكذلك نفقة سنة عنها أو عن ولدها فقد ضمنتها بالقبض، وإن هلكت الزوجة أو هلك الولد قبل المدة، رجع الزوج بما بقي في المحاسبة، وإن كان له عليها دين وهي معسرة فليس له المقاصة بنفقتها، وإن كانت ملية فله مقاصتها بنفقتها.

قال أبو محمد: أعرف أنه إن تلفت نفقة الولد منها وهي عديمة فلينفق الأب على الولد ويتبعها بما تلف عندها[5].

ومن كتاب القذف قال مالك: وإن دفع إليها نفقة سنة أو كسوتها بفريضة قاض، أو بغير فريضة ثم مات أحدهما بعد يوم أو يومين أو شهر أو شهرين؛ فلترد بقية النفقة بقدر ما بقي من السنة، وأستحسن[6] في الكسوة ألا ترد إذا مات أحدهما بعد أشهر.

---

(1) في (ف1): (شغلها).

(2) قوله: (قال:) زيادة من (م).

(3) انظر: المدونة: 9/4.

عياض: معناه أن مشتريها سافر بها إلى موضع يشق على الزوج اتباعه لضعفه، ولو كان لا يقدر على الوصول إليها لاستطالة مشتريها وظلمه له، وأنه ممن لا ينتصف منه لم يكن على الزوج صداق، بل إن قدر على البائع قضي عليه برده عليه إن كان قبضه وبقي النكاح منعقدا، فمتى قدر على الوصول إلى زوجته دفع الصداق، وقاله... أبو عِمرَان. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 847 و848.

(4) في (م): (أنفذتها).

(5) قوله: (قال أبو محمد: أعرف أنه إن تلفت نفقة الولد... عندها) زيادة من (ف2).

(6) في (ف2): (واستحسن).

قال ابن القاسم: وأما بعد عشرة أيام ونحوها فهذا قريب ووجه ما قال مالك: إذا مضى الأشهر[1].

قال سحنون: لا يعتدل هذا يعطيها الكسوة تلبسها ثلاثة أشهر،ثم لا تتبع[2] بشيء.

ومن النكاح: وتفرض على الغائب النفقة إن كان له مال[3] يعدى فيه وتباع فيه عروضه وربعه[4] إن لم يكن له عين[5] ولا يؤخذ منها بما تأخذ كفيلاً[6]، ويقام الزوج على حجته، وإن[7] لم يكن له شيء حاضر لم يفرض عليه حتى يقدم[8] فإن كان في غيبته

---

(1) انظر: المدونة: 10/11.

(2) في (م): (يتبع).

(3) في (ق): (ما).

(4) عياض: ولا خلاف في الغائب، وأما الحاضر فقد قال قبل هذا أول الباب في عروض الزوج هل تباع في النفقة على الزوجة؟ ثم قال: لا بد أن يباع عليه ماله.
قال أبو عِمرَان: لم يذكر حاضراً ولا غائباً، ولا أدري هل يباع عليه وهو حاضر؟ وفيها نظر.
قال القاضي: وقع في كتاب يحيى بن إسحاق عن ابن القاسم فيمن أبى أن ينفق على امرأته وهو حاضر، وله أموال ظاهرة أيأمر الإمام بأخذ ماله فيدفع إليها؟ قال: بل يفرض لها عليه ويأمره بالدفع لها، فإن فعل فذلك، وإن لم يفعل وقف؛ فإما أنفق وإلا طلق عليه.
وفي الواضحة: إن لم يكن له مال حاضر وعرف ملاؤه فرض عليه، وإن عرف عدمه لم يفرض عليه، وهي مخيرة في الصبر بلا نفقة أو تطلق عليه، وكذلك إن جهل ملاؤه من عُدْمه. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 860 و861.

(5) في (ق): (غيره).

(6) في (ف1): (كفيل).

(7) في (ف2): (فإن).

(8) في (م): (يقدر).

عياض: وانظر إنما فرض على الغائب في الكتاب إذا كان له مال حاضر، وإلا ترك حتى يقدم، فيفرض لها ولم يتكلم في الكتاب على الطَّلاق بعدم النفقة على الغائب، وحكاه أبو محمد عن ابن القاسم، وقاله أبو محمد وغيره، وبه أفتى الشيوخ والقضاة وأباه القابسي.
وقال بعض الأندلسيين: لم نجد الطَّلاق عليه في الكتب ولا جاء فيه عن أحد أثر من علم إلا عن ابن مُيَسَّر. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 861 و862.

ملياً رجعت عليه [(م: 113/ب)]، وإلا لم ترجع، ولها أن تقيم البينة على غرمائه، ويُقضَى عليهم بنفقتها[1]، وكذلك لمن قام عليه بدين[2].

وإن أنفقت على نفسها وعلى صغار ولده وأبكار بناته من مالها أو سلفاً[3] فلها اتباعه؛ إن كان يوم أنفقت ملياً، وتضرب بما أنفقت على نفسها مع الغرماء[4].

قال[5] محمد: في الفلس والموت ولا تضرب بما أنفقت على الولد[6].

وفي[7] رواية أبي زيد قال[8] مالك إنها تضرب بنفقتها في الفلس لا في الموت أنفقت[9] بفرض إمام أو بغير فرض[10].

محمد عن ابن القاسم: تضرب بنفقة نفسها في الفلس والموت بخلاف نفقة الولد والأبوين[11]، وقال أشهب: الولد كالزوجة[12].

---

(1) في (ق): (لنفقتها).

(2) انظر: المدونة: 4/29 و30.

عياض: وقوله: (أرأيت إن جحد الذي عليه الدين؟ إن لها أن تقيم البينة)، دليل على أنه إذا أقر لا تقيم بينة، ويحكم على الغائب فيما أقر به مديانه ويفرض لها فيه.

وقد اختلف قول سحنون في هذا الأصل، فقال فيمن أقر بوديعة لغائب: لا يقضي منها دينه وحجته أن الوديعة قد تكون لغير مودعها وديعة عنده -أيضاً- أو رهنا أو عارية.

وقال -أيضاً- فيمن أقر ببضاعة لغائب: يقضي منها دينه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 863.

(3) قوله: (وعلى صغار ولده وأبكار بناته من مالها أو سلفا) ساقط من (ف1).

(4) انظر: المدونة: 4/27.

(5) قوله: (قال) ساقط من (م).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 4/606.

(7) في (ف1): (زاد في).

(8) في (م): (عن).

(9) قوله: (أنفقت) ساقط من (ف1).

(10) في (م): (مرض).

(11) في (م): (وأبوين)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 4/606.

(12) انظر: النوادر والزيادات: 2/156.

ولا حصاص للأبوين إلا أن يطلبا ويقضى لهما؛ فمن[1] يوم الحكم يصير[2] ذلك كنفقة الزوجة إن كان يومئذ ملياً فيهما، وللزوج الحصاص.

قال ابن القاسم[3]: وما أنفقت وهو حاضر ملي سنين؛ فلها أخذه به، وإن كان حين أنفقت في حضرته معدماً؛ فلا شيء لها، وإن كان ملياً فأنكر؛ فالقول قوله ويحلف، وكذلك الغائب يقول: كنت أبعث بالنفقة فتكذبه فالقول[4] قوله مع يمينه؛ إلا أن تكون رفعت أمرها[5] إلى السلطان في غيبته؛ فمن يومئذ تلزمه إن كان يومئذ ملياً، ولا تقبل دعواه في[6] الإرسال بعد قيامها إلى أن يأتي بالمخرج[7].

وإن أنفقت عليه في ذاته وهو حاضر ملي أو معدم؛ فلها[8] اتباعه إلا أن يرى أن ذلك بمعنى الصلة، وكذلك المنفق على الأجنبي مدة؛ فله اتباعه إلا أن يكون ذلك[9] بمعنى الصلة أو الضيافة.

ومن قضى له بذلك لم يأخذ ما أنفق من السرف كالدجاج والخرفان[10] ونحوه، ولكن بنفقة ليست بسرف[11].

---

(1) في (م): (من).
(2) في (ق): (يضمن).
(3) قوله: (ابن القاسم) ساقط من (م).
(4) في (م): (والقول).
(5) قوله: (أمرها) زيادة من (ف2).
(6) قوله: (في) ساقط من (ق).
(7) في (ف1): (بمخرج)، وانظر المسألة في: المدونة: 4/25 و26.
(8) في (ف2): (فله).
(9) قوله: (ذلك) زيادة من (ف1).
(10) في (ق): (الخراف).
(11) انظر: المدونة: 4/26.

عياض: يعني في حال المنفق عليه، ولو كان ما أنفق يشبه حال المنفق عليه، وإن كان سرفا في حق غيره، لرجع عليه به وهو بين في الكتاب في قوله: (ولو كنت أُنفق من مالي لم أنفق هذا)، فإنما صار ذلك سرفا في حقه، وأنه ليس نفقة مثله؛ فلذلك لم يرجع به عنده. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 855 و856.

ومن أنفق على طفل لا مال له، أو تلف ماله بعد الإنفاق؛ لم يتبعه[1]، ومثل هذا قد جرى موعباً في باب اللقيط، ومعاني التفليس.

وإن أنفق الوصي من[2] التركة على الطفل، ثم طرأ دين على أبيه يغترقها؛ لم يتبع الوصي بشيء، ولا الصبي وإن أيسر.

وقال المغيرة: يتبع الصبي بما أنفق عليه.

وإن[3] فرض القاضي للزوجة، ثم مات أو عزل فادعت قدراً، ادعى الزوجُ دونه فالقول[4] قوله إذا أشبه[5]، وإلا فقولها فيما يشبه، وإن لم يأتيا بما يشبه ابتدئ لها[6] الفرض، وإن ادعت في ثوب أنها أخذته هدية ، وقال الزوج: بل في فرضك؛ فالقول قوله إلا أن يكون لا يفرض مثله فالقول قولها[7].

ومسائل نفقات المطلقات وسكناهن، وذكر من يلزم الزوج النفقة عليه في

---

(1) انظر: المدونة: 4/27.

(2) قوله: (من) ساقط من (ق).

(3) في (ق): (وإذا).

(4) في (م): (والقول).

(5) عياض: روي عن بعض أصحاب سحنون أن مذهب ابن القاسم أنه لا يمين على من أشبه قوله منهما؛ إذ لا يحلف على حكم حاكم مع شهادة شاهد.
وذهب بعضهم إلى أن معنى قوله في الكتاب مع يمينه، وهو الظاهر، وأنه حجة لجواز الحلف مع الشاهد على قضاء القاضي، وقد نبه على ذلك في كتاب القاضي أبي الأصبغ بن سهل خلاف ما قال بعض أصحاب سحنون وما لابن القاسم في العتبية.
قال القاضي: وعندي أن مسألة الكتاب خارجة عن هذا الأصل المتنازع فيه؛ إذ قضاء القاضي فيها ثابت باجتماعهما عليه، ثم وقع الخلاف في مقدار ما فرض واستحقته قِبَلَهُ، فجاءت دعوى في مال في ذمة الزوج، فالقول قول من أشبه - هنا - مع يمينه، وليس على القضاء كما قيل.
وحكي عن سحنون أن المسألة إنما هي فيما مضى من الفرض، وأما ما يستقبل إذا تنازعا فيه فالسلطان يستأنف النظر في ذلك. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 858 و859.

(6) قوله: (ابتدئ لها) يقابله في (م): (ابتدأ لهما).

(7) انظر: المدونة: 4/28 و29.

مواضع[1] بعد هذا.

ما جاء[2] في ملك أحد الزوجين صاحبه

ولما أجمعوا أنه لا يجوز[3] نكاح بين امرأة[4] حرة[5] وعبدها أو بين حر وأمته، وجب أن يكون إذا ملك أحدهما صاحبه بعد النكاح أن ينفسخ[6] إذْ[7] لا يجتمع ملك ونكاح.

قال ابن القاسم: قال مالك[8]: فإذا ملك أحد الزوجين صاحبه أو شيئاً منه؛ فسخ[9] النكاح فسخاً بغير طلاق، ملكه [(م: 114/أ)] بشراء أو ميراث أو صدقة، أو هبة أو وصية[10].

وإن اشترى زوجته بعد البناء فالصداق للبائع كمالها إلا أن يشترطه المبتاع، وإن[11] كان قبل البناء؛ فلا شيء له وإن قبضه رده.

ولو باعها من غير الزوج قبل البناء أو بعده فالصداق للبائع.

وإذا[12] اشترت زوجها بعد البناء[13] فسخ[14] النكاح، واتبعته بمهرها كمن

---

(1) في (ف2): (مواضعه).

(2) قوله: (ما جاء) زيادة من (م).

(3) في (ف1): (لا تجري)، وفي (ف2): (يجري)، وفي (ق): (لا يجري).

(4) قوله: (امرأة) ساقط من (ف1).

(5) قوله: (حرة) ساقط من (ق).

(6) في (ف1) و(ف2) و(ق): (يفسخ).

(7) في (ق): (و).

(8) قوله: (قال مالك) زيادة من (م).

(9) في (ق): (فسد).

(10) انظر: المدونة: 4/13.

(11) في (ف1) و(ف2): (فإن).

(12) في (ق): (وإن).

(13) قوله: (أو بعده فالصداق...بعد البناء) ساقط من (ف1).

(14) في (ف1): (فسد).

داين عبداً ثم اشتراه، وإن ملكته قبل البناء؛ فلا شيء لها[1].

قال[2] سحنون: فإن رئي أنها وسيد العبد اغتزيا[3] بذلك فسْخَ نكاحها[4]؛ لم يجز وكانت زوجة[5] إذْ الطلاق بيد العبد، فلا[6] تخرج من عصمته بالضرر[7].

وإن اشترت أمة زوجها وليست بمأذونة فردَّ[8] سيدها ذلك؛ فإنهما يثبتان على نكاحهما؛ لأنها إنما اغتزت الطلاق[9]، فلما لم يطلقها الزوج صار ذلك صلحاً منها لسيد العبد[10] على الفراق، ولا يطلق السيد على عبده بغير إذنه، ولا للأمة أن تبتاعها إلا برضا سيدها[11].

قال[12] مالك[13]: وإن زوج أمته من عبده ثم وهبها له يغتزي فسخ النكاح، أو أن يحلها لنفسه أو لغيره؛ لم يجز ولا تحرم بذلك على الزوج[14]، ولو ضمن صداق عبده

---

(1) انظر: المدونة: 4/13.

(2) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(3) قوله: (فإن رئي أنها وسيد العبد اغتزيا) يقابله في (ف2): (ولو اغتزت الأمة وسيد العبد).

(4) في (ف1): (نكاحهما).

(5) في (ف1): (زوجته).

(6) في (ق): (ولا).

(7) انظر: المدونة: 3/350.

(8) في (ق): (فترد).

(9) عياض: اغْتَزَتْ طلاق زوجها - بالغين المعجمة وزاي مخففة - أي قصدت وأرادت. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 850.

(10) قوله: (لسيد العبد) يقابله في (ق): (السيد).

(11) قوله: (ولا للأمة أن تبتاعها إلا برضا سيدها) زيادة من (م). انظر المدونة: 4/15.

(12) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(13) قوله: (قال مالك) ساقط من (ق).

(14) عياض: قال بعض الشيوخ: فيه دليل على إكراه السيد عبده على قبول الهبة؛ إذ لو قبلها لم يختلف في فسخ نكاحه، وإنما تتصور المسألة إذا أبى العبد أن يقبلها. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 849.

ثم دفع السيد العبد إلى الزوجة في الصداق فرضيت فسد النكاح، فإن لم يكن بنى بها رجع العبد إلى سيده[1].

وفي[2] كتاب محمد: فإذا عرضه للبيع فيما لزمه من الصداق فاشترته زوجته ثم ذكر مثل الجواب.

ومن الأول: وإن اشترى عبدَ[3] أو مكاتبَ زوجتِه؛ انفسخ النكاح ووطئها بملك اليمين.

ومن ملك من امرأته شقصاً، ثم ظاهر منها؛ لم يلزمه إذ ليست بأمة تامة له ولا زوجة[4]، ويلزمه الإيلاء إن نكحها يوماً ما[5].

وقد بقيت مسألة من النكاح الثاني في قول الأب لابنه: قد تزوجت فلانة فلا تقربها كتبتها في باب الشهادات[6] في الرضاع والمحارم.

كمل كتاب النكاح الثاني

والحمد لله رب العالمين [(م: 114/ب)]



---

(1) انظر: المدونة: 4/16.

(2) في (ف1): (في)، وفي (ف2): (قال في)، وفي (ق): (في).

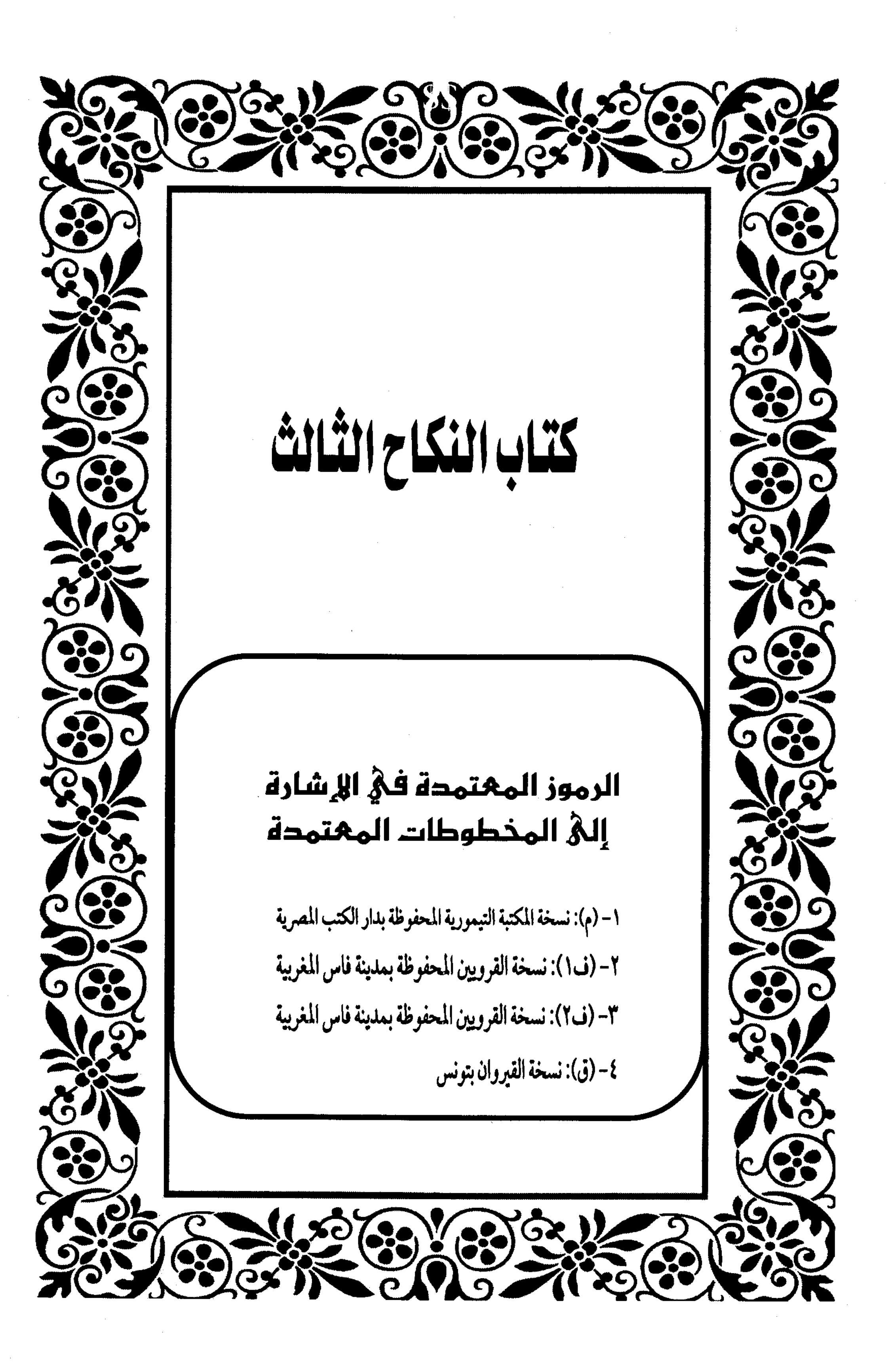
(3) في (م): (عبده).

(4) في (ف2): (زوجته).

(5) انظر: المدونة: 4/16.

(6) في (ق): (الشهادة).





كتاب النكاح الثالث

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١- (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية

٢- (ف١): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٣- (ف٢): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٤- (ق): نسخة القيروان بتونس



كتاب النكاح الثالث

ما يحصن الزوجين ويحل المبتوتة والمرتد يتوب هل تغير[1] أحكامه

وفرض رسول الله ﷺ الحكم بالرجم فيمن أحصن بنكاح من الأحرار[2]، وقضى به هو والخلفاء بعده وحرم الله سبحانه في كتابه المبتوتة بالثلاث على الذي أبتها حتى تنكح زوجاً غيره.

وأبان ذلك الرسول عليه السلام بقوله: «**حتى تذوق العسيلة**»[3].

قال ابن القاسم: فكل من طلق ثلاثاً أو ما تلزمه[4] به الثلاثة من الأحرار قبل البناء أو بعده فلا تحل له إلا بعد زوج، وكذلك العبد بعد تطليقتين[5].

ولو طلقا[6] جميع طلاقهما في مرة واحدة، أو مرة بعد مرة في ملك واحد أو ملك بعد ملك فذلك كإيقاعه في مرة واحدة[7]، ومن طلق أمة ثلاثاً، ثم اشتراها لم تحل له إلا

---

(1) في (ف1) و(ف2) و(ق): (تتغير).

(2) متفق عليه: أخرجه البخاري: 6/2502، في باب سؤال الإمام المقر هل أحصنت، من كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة، برقم(6439)، ومسلم: 3/1317، في باب من اعترف على نفسه بالزنى، من كتاب الحدود، برقم(1691) من حديث أبي هريرة.

(3) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/933، في باب شهادة المختبي، من كتاب الشهادات، برقم: 2496، ومسلم: 2/1055، في باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره...، من كتاب النكاح، برقم: 1433، من حديث عائشة رضي الله عنها، ومالك: 2/531، في باب نكاح المحلل وما أشبهه، من كتاب النكاح، برقم: 1105، عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير رحمه الله.

(4) في (ف1): (تلزمه).

(5) في (ف1) و(ق): (طلقتين)، وانظر المسألة في: المدونة: 5/55.

(6) في (ف2): (طلقاها).

(7) قوله: (واحدة) زيادة من (ف2).

بعد زوج[1].

قال ابن القاسم: قال مالك: ولا[2] يحصن الزوجين، ولا تحل[3] المطلقة ثلاثاً إلا بنكاح[4] يصح عقده ويصح الوطء فيه، ولا يجزئ من الوطء إلا مغيب الحشفة، وإن لم ينزل ولا يكون بوطء الملك.

وكل نكاح لا يقران عليه، وإن رضي الولي كذوات المحارم، أو أمة زوجت نفسها بغير إذن السيد، أو امرأة على عمتها أو خالتها أو جمعها عقد[5]، ودخل في ذلك كله ولم يعلما فلا يحلها ذلك ولا يحصنها[6].

وكذلك ما للولي أو لأحدهما فسخه أو إجازته كاستخلاف الحرة أجنبياً أو نكاح العبد بغير إذن سيده[7]، والمرأة تتزوج[8] العبد أو خصياً قائم الذكر أو المجنون[9]، ولا تعلم حتى يطأها ولو رضيت بالعبد أو الخصي أو المجنون[10] ثم وطئها بعد الرضا أحلها وأحصنها[11].

وكذلك الزوج في عيوب المرأة حتى يطأها بعد العلم بها[12]، وكذلك بعد إجازة الولي أو السيد في العبد.

قال[13] سحنون: ويطأ العبد بعد الاستبراء من الوطء الأول[14].

---

(1) انظر: المدونة: 4/339.

(2) قوله: (قال مالك و) زيادة من (ف2).

(3) في (ف1): (وتحل).

(4) في (ف1): (نكاح).

(5) في (ف2): (في عقده).

(6) في (م): (يحصنهما)، وانظر المسألة في: المدونة: 4/82.

(7) في (ق): (السيد).

(8) في (م): (تزوج).

(9) في (ف1) و(ق): (مجبوبا)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(10) قوله: (أو الخصي أو المجنون) يقابله في (ف1): (والخصي والمجنون).

(11) انظر: المدونة: 4/73.

(12) قوله: (بها) ساقط من (ق).

(13) قوله: (قال) ساقط من (ق).

(14) انظر: النوادر والزيادات: 13/171.

ولو صحَّ العقد وفسد الوطء ما أحصن ولا أحل كوطء الحائض أو أحدهما معتكف أو محرم أو صائم في رمضان، وكل وطء نهى الله عنه حتى يطأ بعده وطأً صحيحاً.

قال المغيرة: ولا يحل ما أمر الله به بما[1] نهى عنه[2].

وكل وطء أحصن الزوجين أو أحدهما، فإنه يحل المبتوتة، فليس كل ما يحلّ[3] يحصن ولا يحصن إلا مسيس [(م: 115/أ)] معروف.

قال ابن حبيب: إن كان في صوم تطوع أو قضاء رمضان، أو نذر أيام[4] بغير أعيانها فوطؤه يحل ويحصن، وإن كان في صوم واجب من نذر أو كفارة، فقال المغيرة وابن دينار: يحصن ولا يحل، وقاله مالك مرة ثم رجع، فقال: لا يحصن ولا يحل، وقاله ابن القاسم ومطرف.

وقال ابن الماجشون: يحصن ويحل، وكذلك قال: إن وطئها حائضاً أو محرمة أو صائمة في واجب إذا صح العقد وبه أقول.

وإن مات ولم يعلم له بها دخول وادعت أنه وطئها؛ لم يحلها ذلك ولم يحصنها[5].

قال[6] مالك: وإن بنى فادعت[7] المسيس وأنكره؛ لم أر أن يحلها إلا تقاررهما به[8].

قال ابن القاسم: أما في الإحلال فلا أمنع المطلق منها وأدينها، وأخاف أن إنكار

---

(1) في (ف1): (ما).
(2) انظر: المدونة: 4/82 و83.
(3) في (ف1) و(ق): (يحلها).
(4) في (ق): (لأيام).
(5) انظر: النوادر والزيادات: 4/584 و585.
(6) قوله: (قال) ساقط من (ف2) و(ق).
(7) في (م): (وادعت).
(8) قوله: (به) ساقط من (م).

الزوج ليضر بها ولا تصدق هي عليه في الإحصان[1]، ولا تكون[2] هي بذلك محصنة إن زنت[3].

قال ابن القاسم في كتاب الرجعة: ولو مات بعد البناء بيوم عن غير مناكرة، ومثله يطأ فادعت الوطء، وكان أبين في إحلالها بذلك[4].

قال غيره: في التي ادعت المسيس بعد البناء وناكرها الزوج: إن لها أن تسقط إقرارها بعد أن أخذت في زنا أو قبل أن تؤخذ، وتقول: أقررت لأخذ الصداق، ولو أنكرت الجماع وادعاه الزوج لم تكن بذلك محصنة، وكذلك العنين[5].

قال عبد الملك: وكذلك أن لو طال مقامه معها[6] إذا تناكرا قبل الزنا، ولو تناكرا

---

(1) عياض: الإحصان معناه الامتناع، ومنه الحصن للامتناع فيه، والإحصان في كتاب الله ولغة العرب واقع على معان كلها راجع إلى الامتناع؛ فيقع على العقد؛ لأن به يتوصل إلى الوطء، وعلى الوطء؛ لأن به يمتنع من الفاحشة، ومنه قوله: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ٱلۡغَٰفِلَٰتِ﴾ [سورة النور آية: 23] هذا في المتزوجات، وكذلك قوله: ﴿وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾ [سورة النساء آية: 24]، ويقع على الإسلام لمنعه من الفواحش، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحۡصِنَّ فَإِنۡ أَتَيۡنَ بِفَٰحِشَةٖ فَعَلَيۡهِنَّ نِصۡفُ مَا عَلَى ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ مِنَ ٱلۡعَذَابِ﴾ [سورة النساء آية: 25] أي الحرائر، ومثله: ﴿وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ﴾ [سورة المائدة آية: 5]، والحرية تمنع عن الزنا والفاحشة، وإنما كان الزنا في العرب في الإماء غير منكر، وفي الحرائر منكر، ويأتي الإحصان بمعنى العفة؛ لأنها مانعة - أيضا - ومنه قوله تعالى: ﴿مُحۡصَنَٰتٍ غَيۡرَ مُسَٰفِحَٰتٖ﴾ [سورة النساء آية: 25]، وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّتِيٓ أَحۡصَنَتۡ فَرۡجَهَا﴾ [سورة االأنبياء آية: 91].
ولما تظاهرت موانع الحرة المسلمة تضاعف عقابها على الأمة التي ليس عندها من الإحصان سوى الإسلام ثم لما تضاعف إحصان الحرة المسلمة وتأكد بالنكاح قويت الموانع عن الميل إلى الزنا وغلظ فيه الأمر وانتهت فيه العقوبة منتهاها بإفاتة النفس بالرجم مبالغة في الزجر والردع. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 883 و884.

(2) في (م): (تكن).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 14/232 و233.

(4) انظر: المدونة: 4/133 و134.

(5) انظر: المدونة: 4/78.

(6) قوله: (طال مقامه معها) يقابله في (ف2): (طالت إقامتها معه).

بعد الزنا؛ لم يصدق[1] من أنكره، ويجب الرجم.

قال ابن القاسم: وإن أقامت مع زوجها عشرين سنة، ثم أخذت تزني فقالت: لم يكن الزوج جامعني[2] والزوج مقرٌّ بالجماع؛ فهي محصنة والحد واجب ولا يزيله إنكارها. وقاله غيره لدفعها[3] حداً قد وجَب[4].

قال[5] في كتاب الرجم: إن طالت إقامته معها ثم زنا فقال: لم أجامعها فإن لم يعلم وطؤه بولد يظهر[6] أو بإقرار فلا حد عليه عند مالك[7]، ويحلف فإن[8] علم منه إقرار بالوطء؛ رجم[9].

قال يحيى بن عمر[10]: هذا أحسن مما في كتاب النكاح[11].

ولا يحلها نكاح المحلل حتى يكون نكاح رغبة.

قال محمد: وإنما يفسد ذلك بعلم المحلل وإرادته؛ وإن لم يعلم الزوجان، ولو نكح على الصحة[12] ولم يرد ذلك لم يضر علم الزوجين وإرادتهما، ويحلها ذلك[13].

ووطء العبد الأمة بنكاح يحلها ولا يحصنها[14] حتى يطأها بعد عتقها[15]،

---

(1) في (ف1): (أصدق).

(2) في (ف2): (يجامعني).

(3) في (ف1): (بدفعها).

(4) قوله: (قد وجب)، في (ف2): (وجب)، ويقابله في (ف1): (واجباً)، انظر المدونة: 4/78.

(5) في (ف2): (وقال).

(6) في (ق): (ظهر).

(7) قوله (عند مالك) يقابله في (عندى).

(8) في (ف2) و(ق): (وإن).

(9) انظر: المدونة: 11/61.

(10) قوله: (بن عمر) ساقط من (ق).

(11) انظر: النوادر والزيادات: 4/586.

(12) في (م): (صحة).

(13) انظر: النوادر والزيادات: 4/581.

(14) في (ق) و(ف2): (يحصنها).

(15) في (ق): (عتقها).

والوطء بعد عتق أحدهما يحصن المعتق منهما، والأمة[1] المسلمة والحرة الكتابية يحلهما[2] وطء الحر والعبد المسلم بنكاح، ولا يكونان به محصنتين حتى يطأ[3] هذه بعد الإسلام، وهذه بعد العتق ووطء الحر إياهما بنكاح يحصنه.

ووطء العبد بنكاح يحصن الحرة[4] المسلمة[5].

قال[6]: ويحل[7] المبتوتة أمة كانت [(م: 115/ب)] أو حرة، والحرة مسلمة كانت[8] أو كتابية ولا يحصنه[9] حرة أو أمة بنكاح حتى يطأهن بعد عتقه في ذلك النكاح[10]، والنصرانية يبتها[11] مسلم فلا يحلها وطء نصراني بنكاح إلا أن يطأها بعد إسلامه؛ لأنه ليس بنكاح حتى يسلموا عليه ولا يحصن الوطء بين النصرانيين حتى يطأها بعد إسلامهما[12].

ولا يحصن المرأة وطء الصبي بنكاح ولا يحلها زوجه إياها أب[13] أو وصي ولا يجب فيه مهر، ولا عدة إن بارى عنه أب أو وصي وتقع الحرمة بعقد نكاحه بين آبائه وأبنائه[14].

---

(1) قوله: (الأمة) ساقط من(م).

(2) في (ف2) و(ق): (يحلهن).

(3) في (ف2): (توطأ).

(4) في (م): (المرأة).

(5) انظر: المدونة: 4/73 و74.

(6) قوله: (قال) زيادة من (ف1).

(7) في (ف1): (ويحل).

(8) قوله: (كانت) ساقط من (ق).

(9) في (ف1): (نحصنه).

(10) انظر: المدونة: 4/75.

(11) في (م): (يبينها).

(12) انظر: المدونة: 4/83 و84.

(13) في (م): (ابن).

(14) انظر: المدونة: 4/73.

ووطء الزوج للصغيرة[1] لم تبلغ يحلها ويحصن واطئها الحر، ويحد الزاني بها ولا حد على كبيرة زنت بصغير لم يبلغ[2]، ولا يحصن المرأة ولا يحلها مجبوب إذ لا يطأ، والمجنونة والمغلوبة تحصن واطئها ولا يحصنها، ورويَ أنه يحصنها[3].

والمجنون الذي يطأ يحصن المرأة[4] المسلمة[5].

والردة تزيل إحصان المرتد من رجل أو امرأة، ويأتنفان[6] الإحصان إذا أسلما؛ لأن الله سبحانه أحبط عمله، ويأتنف الحج ولا يجزئه ما حج قبل ردته، ويسقط[7] عنه كل ما كان لله من الأعمال التي فرط فيها وأيمانه بالعتق والظهار وغيره من الأيمان[8]،

(1) في (ف2) و(ق): (الصغيرة).

(2) في (م): (تبلغ).

(3) انظر: المدونة: 4/73.

(4) في (ف1) و(ف2): (الحرة).

(5) انظر: المدونة: 4/81.

(6) في (ق): (ويأتنفا).

(7) في (م): (سقط).

(8) عياض: وقول ابن القاسم: (إذا ارتد وعليه أيمان بالعتق أو عليه ظهار أوعليه أيمان بالله إن الردة تسقط ذلك).

كذا روايتنا - هنا - أو عليه ظهار، وهو محتمل لمجرد الظهار أو يمين به، وعلى هذا اختصرها أبو محمد بقوله: وتسقط أيمانه بالعتق والظهار وغيرها من الأيمان.

ونقلها غيره: وعليه أيمان بعتق أو بظهار ونقلها ابن أبي زمنين وغيره على لفظ الكتاب لاحتمال الوجهين.

ولا شك أن حكم اليمين بالظهار حكم اليمين بالطلاق، وإن كان لم ينص ابن القاسم على يمين الطلاق، ونص عليه غيره، فهو خلاف قول ابن القاسم وكلام غيره بين أنه يخالفه فيه.

واختلف عن ابن القاسم في يمين الظهار عند محمد.

وقال بعض شيوخنا: وكذلك على لفظ الكتاب لو كان الظهار قد حنث فيه فوجبت عليه الكفارة لأسقطها ارتداده، وتأول على ذلك مسألة الكتاب، بخلاف لو كان لزمه مجرد ظهار ولم يحنث فيه، فلا يسقطه ارتداده كمبتوت الطلاق. قال: ومثله في كتاب محمد.

وذهب غيره إلى أنه لا فرق بين مجرد الظهار واليمين بالظهار، وأن معنى المسألة التسوية في ذلك كله، وأن الردة تسقطه؛ لأن فيه كفارة،... بخلاف الطلاق.

وأكثرهم يحملون قول ابن القاسم أن الردة لا تسقط الطلاق البات.

=

وإنما تلزمه حقوق الناس، وكل ما يؤخذ به الكافر أن لو فعله في كفره.

قال غيره: ولا[1] تطرح ردته إحصانه، ولا أيمانه بالطلاق ألا ترى أنه لا يتزوج بعد إسلامه امرأة أبتها قبل ردته إلا بعد زوج،وكذلك لو وطئ مبتوتة قبل ردته فحملت[2] لمن أبتها، لم تُبطل ذلك[3] ردتُه[4].

وروى الدمياطي عن ابن القاسم فيمن طلق امرأته البتة، وهي نصرانية أو مسلمة ثم ارتد ثم رجع إلى الإسلام؛ فلا يتزوجها إلا بعد زوج[5] وإنما يقول: يتزوجها قبل زوج أبو حنيفة أو أبو يوسف، وبقية أحكام المرتد في اختصار المحاربين.

في أحد[6] الزوجين الكافرين يسلم أو يسبى، أو يرتد أحد المسلمين وإسلام أحد الزوجين الصغيرين أو ردته أو[7] إسلام أبويه أو أحدهما أو ردته والعمل في صدقاتهم وفسخ أنكحتهم[8]

قال الله ﷻ: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [سورة الممتحنة آية: 10]، وأحل الكتابيات، وقال في اللواتي أسلمن دون أزواجهن وهاجرن: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ﴾ =

وبعضهم يقول: إن ما ألزم الغير من ذلك، واحتج به لا يلزم ابن القاسم؛ إذ لا يقوله.
وذهب القاضي أبو بكر بن زرب أن مذهب ابن القاسم أن الردة لا تسقط الطلاق، ويجوز للمطلق ثلاثا قبل ارتداده نكاحها دون زوج، وحكى القاضي إسماعيل مثله عن ابن القاسم.
وقال أبو عمران: هذا الأشهر عنه. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 887 و888.

(1) في (ق): (لا).
(2) قوله: (فحملت) ساقط من (م).
(3) في (م): (ذلك).
(4) انظر: المدونة: 4/ 79 و80.
(5) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 889.
(6) في (م): (حد).
(7) في (ق): (و).
(8) في (ق): (نكاحهم).

[سورة الممتحنة آية: 10]، وأبانت ذلك سنة النبي ﷺ أن ذلك ما لم يسلم الزوج في العدة لما أقر صفوان؛ إذ أسلم في العدة بعد شهر من إسلام زوجته[1]، وأقر ابنته زينب[2] تحت أبي العاصي إذ أسلم في عدتها بعد إسلامها[3].

وقال النبي ﷺ: «**كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه**[4]»[5].

قال ابن القاسم: فإذا أسلمت الزوجة بعد البناء، والزوجان مجوسيان أو كتابيان فلا يعرض على الزوج الإسلام، ولكن[6] إن أسلم [(م: 116/أ)] في العدة كان أملك بها وليس له ذلك إن انقضت، ولها السكنى في العدة[7].

وإن أسلمت ثم طلقها في العدة، ثم أسلم فيها؛ لم يعد ذلك طلاقاً وكان

---

(1) انظر: المدونة: 4/95. والحديث أخرجه مالك بلاغا: 2/543، في باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله، من كتاب النكاح، برقم(1132)، والشافعي في مسنده: 1/219، برقم(1067)، والبيهقي في الكبرى: 7/186، في باب من قال لا ينفسخ النكاح بينهما بإسلام أحدهما إذا كانت مدخولا بها حتى تنقضي عدتها قبل إسلام المتخلف، من كتاب النكاح، برقم(13841) ثلاثتهم عن مالك: عن ابن شهاب، وعبد الرزاق في المصنف: 7/169، في باب متى أدرك الإسلام من نكاح أو طلاق، من كتاب الطلاق، برقم(12646) عن معمر عن الزهري.

(2) قوله: (زينب) ساقط من (ق).

(3) في (ف2): (إسلامه)، وانظر المسألة في: المدونة: 4/96

والحديث إسناده حسن: أخرجه أبي داود: 1/680، في باب إلى متى ترد عليه امرأته إذا أسلم بعدها، من كتاب الطلاق، برقم(2240)، وأحمد في المسند: 1/217، برقم(1876) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، ولفظه" رد رسول الله ﷺ زينب ابنته على زوجها أبى العاص بن الربيع بالنكاح الأول ولم يحدث شيئا".

(4) قوله: (أو يمجسانه) ساقط من (ف2) و(ق).

(5) متفق عليه: أخرجه البخاري: 1/456، في باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه وهل يعرض على الصبي الإسلام، من كتاب الجنائز، برقم(1293)، ومسلم: 4/2047، في باب معنى كل مولود يولد على الفطرة وحكم موت أطفال الكفار وأطفال المسلمين، من كتاب القدر، برقم(2658) من حديث أبي هريرة.

(6) في (ق): (ولكنه).

(7) انظر: المدونة: 4/100.

على نكاحه.

وإذا أسلمت بدار الحرب، ثم قدمت أو قدمت إلينا بأمان، ثم أسلمت فاستبراؤها ثلاث حيض، والزوج أملك بها إن أسلم فيها إن ثبت أنها زوجته، ولو كان إسلام الزوجة بدار الحرب أو عندنا، وذلك قبل البناء لبانت ولا سبيل له إليها، وإن أسلم مكانه وليس لها متعة ولا صداق لها وإن قبضته ردته، وإن بنى بها؛ فلها المسمى[1].

وكذلك المرتدة يبتني بها بعد الردة وقبل القتل.

وإذا أسلم المجوسي وتحته المجوسية[2] وقعت الفرقة بينهما، وذلك إذا عرض عليها الإسلام فلم تسلم. أبو محمد[3] يريد: بنى بها أو لم يبن بها، وذلك ما لم يطل ذلك[4]. قاله ابن القاسم في أبي[5] الزوج الصغير المجوسي يسلم[6]، فهذا مثله.

قال محمد: قال[7] أشهب: بإسلامه تقع الفرقة وهو أحب إلينا من قول ابن القاسم؛ لأنه لم يبن بها[8].

قال ابن القاسم: ولها[9] السكنى إذا بنى بها.

وإذا[10] أسلم الزوج قبل البناء، وهما مجوسيان ففرق بينهما؛ فلا صداق لها[11].

---

(1) انظر: المدونة: 4/100 و101.

(2) في (ف2): (مجوسية).

(3) قوله: (أبو محمد) زيادة من (ف1).

(4) قوله: (ذلك) ساقط من (ق).

(5) في (ق): (أب).

(6) انظر: المدونة: 4/111.

(7) في (ف1) و(ق): (وقال).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 4/590.

(9) في (ق): (لها).

(10) في (ف1) و(ق): (وإن).

(11) انظر: المدونة: 4/99 و100.

وإذا أسلم وتحته كتابية بنى بها أو لم يبن؛ ثبت على نكاحه وتبقى له زوجة، وإن[1] كانت صغيرة زوجها إياه أبوها فهما على نكاحهما، ولا خيار لها إن بلغت.

قال: وإن أسلم الكتابي[2] وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام حينئذ؛ فإن أبته وقعت الفرقة، وإن أسلمت بقيت زوجة ما لم يبعد ما[3] بين إسلامهما[4]، ولم يحد البعد واستقل الشهر وأكثر منه قليلاً[5].

قال أبو بكر: وذلك إذا غفل عنها[6] وحجة ابن القاسم: أن أبا سفيان أسلم ثم أسلمت هند بعد شهر وبقيت له زوجة.

قال أشهب في كتاب ابن المواز: لا يفرق بينهما في المدخول بها حتى تخرج من العدة.

قال ابن القاسم: وكذلك أمة نصرانية تحت نصراني عبد أو حر فأسلم الزوج، فالنكاح يفسخ إلا أن تسلم مكانها[7].

محمد: أو تعتق. ولا يحل لمسلم عبد أو حر أمة كتابية بنكاح، ولو لم تسلم إلا هي كان أحق بها إن أسلم في العدة.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم: إذا أسلم المجوسي[8] ولم تسلم زوجته المجوسية عرض عليها الإسلام يومين أو[9] ثلاثة؛ فإن لم تسلم استبرأت نفسها بحيضة من ماء هذا المسلم وليست بعدة؛ يريد وقد بنى بها.

من كتاب ابن المواز: قال ابن القاسم وأشهب: لا يفرق بينهما حتى تخرج من

---

(1) في (ف1): (فإن).
(2) في (ف2) و(ق): (كتابي).
(3) قوله: (ما) زيادة من (ف2).
(4) في (ف1): (إسلاميهما).
(5) انظر: المدونة: 4/ 93
(6) في (ف2): (عنهما).
(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 591.
(8) في (ق): (مجوسي).
(9) في (ق): (و).

عدتها[1][2].

ومن كتاب التفرقة: وإذا أسلمت الذمية تحت الذمي والزوج غائب ولم يبن بها؛ فإن كان قريباً استأنى الإمام وكتب إليه رجاء أن يكون أسلم قبلها، وإن كان بعيداً فسخ ذلك بغير طلاق، ولم يأمرها بانتظاره ونكحت [(م: 116/ب)] مكانها إن شاءت، وإن كان بنى بها وقد أمرها الإمام بالعدة للفراق لبعد الغيبة فهي تنتظره في العدة؛ فإن قدم بعد العدة، وقد أسلم بعد انقضائها؛ فلا سبيل له إليها، وكذلك لو لم يبن بها وقدم وقد أسلم بعد إسلامها فإن أسلم في الوجهين قبلها أو أسلم في التي دخل بها بعدها في العدة أو أسلم قبل إسلامها فهو أحق بها ما لم تنكح، ويدخل[3] بها الثاني كالمفقود[4].

وعبد الملك يرى أنه أحق بها، وإن ولدت من الثاني دخل[5] بها الأول أوْ لا كالمنعي لها؛ لأنها لم تكن في عدة منه[6].

قال ابن القاسم: والفراق بإسلام أحد الزوجين؛ فسخ بلا[7] طلاق.

قال: وتنقطع العصمة بردة أحد الزوجين المسلمين. قال: وردة الزوج طلقة بائنة[8].

قال في كتاب العدة مثل ذلك في ردة الزوجة[9].

محمد: إن الفرق[10] بينهما؛ لأن إسلام الزوج من أصل نكاح لا يقع فيه طلاق،

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 4/591.

(2) قوله: (يريد وقد بنى بها... عدتها) ساقط من (ق).

(3) قوله: (ويدخل) يقابله في (م): قوله (وقد دخل).

(4) انظر: المدونة: 9/489.

(5) في (م): (ودخل).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 4/576.

(7) في (ف1): (بغير).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 14/507.

(9) انظر: المدونة: 4/401.

(10) في (ف1): (الفراق).

وردته في نكاح يقع فيه الطلاق.

ورويَ عن مالك: أن الردة فسخ. رواه ابن أبي أويس وابن الماجشون.

قال ابن القاسم: وإسلام الأبوين أو الأب خاصة[1] إسلام لصغار ولدهما[2]، فهم تبع للأب[3] في الدين وأداء الجزية، وتبع للأم[4] في الملك والحرية والحضانة لها، وإن لم تسلم.

ولو أسلمت الأم دون الأب بقى الولد على دين الأب، وكذلك لو كان في بطنها[5].[6]

قال أبو بكر: روى الليث أن النبي ﷺ قال: **«أيها أسلم من الأبوين كان أولى[7] بالولد»**[8]، ورويَ ذلك عن عمر بن الخطاب، وبه قال غير واحد من أهل العلم، وقاله ابن وهب.

---

(1) قوله: (خاصة) ساقط من (ق).

(2) عياض: قال سحنون: (وأكثر الرواة يقولون: إنهم مسلمون بإسلام أبيهم).
قال فضل: هذا يدل أن من الرواة من يقول: ليس إسلام أبيهم إسلاما لهم، وإن كانوا صغارا. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 907.

(3) في (ف1): (إليه).

(4) في (ف1): (للأم).

(5) انظر: المدونة: 4/109.

(6) قوله: (ولو أسلمت الأم دون الأب... في بطنها) جاء متأخراً في (ف2) بعد قوله: (قال أبو بكر روى الليث... ابن وهب).

(7) في (ق): (أحق).

(8) لم أقف عليه بهذا اللفظ، ولكن ورد في السنة ما يفيد معناه، وهو ما رواه أبو داود، برقم: (2244) في الطلاق، باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد من حديث عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان، والنسائي: 6/185 في الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد من حديث عبد الحميد بن سلمة الأنصاري عن أبيه عن جده، ولفظه: (أن عبد الحميد بن جعفر قال: أخبرني أبي عن جدي رافع بن سنان أنه أسلم وأبَتْ امرأته أن تُسْلِم؛ فأتتِ النبيَّ ﷺ فقالت: «ابنتي، وهي فَطيم، وقال رافع: ابنتي، فقال لها رسولُ الله ﷺ: اقعدي ناحية، وأقْعَدَ الصَّبيَّة بينهما، ثم قال: ادْعُواها، فمالت الصبية إلى أُمِّها، فقال رسولُ الله ﷺ: اللّهم اهْدِها، فمالت إلى أبيها فأخذها»).

ومن الجنائز: وإن زوج عبده النصراني أمة نصرانية له أو لغيره؛ لم يكن له أن يجبر ولده منها على الإسلام[1].

وفي[2] كتاب التفرقة: وأولاده منها على دينه أسلم أو أقام نصرانياً ويباعون مع أمهم والولد تبع للأب في الدين، وللأم[3] في الحرية والملك[4].

ومن كتاب أم الولد: وإذا أسلمت أمة[5] ولها ولد صغار أو كبار؛ فلا يكونون بإسلامها مسلمين ومن لم يستغن عنها منهم بيع معها[6].

ومن الثالث[7]: وإن زوج الكتابي ابنته الطفلة لكتابي، ثم أسلم الأب كان فسخاً لنكاحها[8]، ولو كان مجوسي زوج ابنه الطفل مجوسية، ثم أسلم أبو الزوج عرض على الزوجة الإسلام؛ فإن أسلمت وإلا فرق بينهما ما لم يطل ذلك[9].

وإن كان الغلام أو الجارية في حد المراهقة في إسلام الآباء من أبناء[10] اثنتي عشرة سنة[11]، أو ثلاث عشرة سنة أوقف الأمر إلى بلوغه، فإما أقام حينئذ على دينه

---

(1) انظر: المدونة: 1/ 429.

(2) زاد بعده من (ف1) قوله: (قال).

(3) قوله: (وللأم) ساقط من (ق)، وفي (ف1): (والأم).

(4) انظر: المدونة: 7/ 278 و279.

(5) قوله: (أمة) زيادة من (ق).

(6) انظر: المدونة: 6/ 49 و50.

(7) قوله: (ومن الثالث) زيادة من (ف2).

(8) في (ف1): (لنكاحها).

(9) عياض: وتفريقه بين مسألة (الصبية زوجة النصراني يسلم أبواها النصرانيان وأن نكاحها يفسخ)، ومسألة (الصبي النصراني أنه إذا أسلم أبواه يعرض على زوجه الإسلام)، وتنزيله الصغيرين -هنا- إذا أسلم أبواهما منزلة الكبيرين إذا أسلما، بين في تفريقه أن الكبيرة إذا أسلمت قبل الدخول لا يعرض على الزوج الإسلام، وإذا أسلم الزوج الكبير يعرض. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 905 و906.

(10) قوله: (أبناء) ساقط من (ف1).

(11) قوله: (سنة) ساقط من (ف1).

ونكاحه أو يسلم فيحكم بما ذكرنا في إسلام أحد الزوجين البالغين[1].

وإذا أسلم مراهق ثم ارتد؛ أكره على الإسلام ولم يقتل، ومن أسلم وله ولد مراهق، ثم مات أوقف ميراث[2] الأب إلى بلوغ الولد، فإن أسلم ورث وإلا لم يرث، ولو أنه أسلم قبل احتلامه لم يتعجل أخذه ولو قال: إني لا أسلم، [(م: 117/أ)] إذا بلغت لم ينظر إلى ذلك، ولا بد من إيقاف ذلك إلى احتلامه، ولو كان الولد لا يعقل دينه ابن خمس سنين أو ست، فهم مسلمون بإسلامه يرثونه مكانهم، وقاله أكثر الرواة أنهم مسلمون بإسلام الأب.

قال[3] مالك: من[4] أسلم وله ولد صغار[5] فأقرهم حتى بلغوا اثنتي[6] عشرة سنة فأبوا الإسلام فلا يجبرون[7].

وقال بعض الرواة[8]: يجبرون[9] وهم مسلمون، وهو أكثر مذاهب المدنيين[10].

وهذا[11] قول المغيرة، قال: وإن[12] لم يسلموا قتلوا إذ لو قتلوا في الصغر قتلت قاتلهم[13].

---

(1) انظر: المدونة: 4/111.

(2) في (ف2) و(ق): (تراث).

(3) قوله: (قال) ساقط من (ق).

(4) في (ف1): (ومن).

(5) في (ق): (صغير).

(6) في (ق): (اثني).

(7) في (ف1): (يجبروا).

(8) قوله: (الرواة) ساقط من (ف1).

(9) في (ف2): (يجبروا).

(10) قوله: (وهو أكثر مذاهب المدنيين) ساقط من (ق)، وانظر المسألة في: المدونة: 4/112.

(11) في (ق): (هذا).

(12) في (ف2): (فإن).

(13) انظر: النوادر والزيادات: 1/604 و606.

وإذا أسلم الكتابي الصغير أو المجوسي، وقد زوجه أبوه مجوسية، لم يفسخ نكاحه إلا أن يثبت على إسلامه حتى[1] يحتلم[2]؛ فإما أسلمت زوجته حينئذ أو بانت منه[3]، ولأنه لو ارتد من لم يبلغ الحلم[4]؛ لم يقتل[5].

وإن أسلم كتابي بدار الحرب، أو بعد قدومه إلينا؛ لم تزل عصمته عن نسائه، ويقع طلاقه عليهن، وأكره له الوطء بدار الحرب بعد إسلامه كما أكره أن ينكح بها؛ وإن خرجا فأسلم أحدهما فكالذميين.

ولما أباح الله وطء المسبية لها زوج بقوله: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [سورة النساء آية: 24]، يقول ذوات الأزواج، ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [سورة النساء آية: 24][6].

---

(1) في (م): (حين).

(2) عياض: وقوله في (الصبي يزوجه أبوه ذمية أو مجوسية فيسلم: لا يفرق بينهما إلا أن يثبت على إسلامه إلى بلوغه).

كذا وقعت الرواية عند ابن وضاح وعند أكثرهم، ولم يكن عند شيوخنا فيها خلاف.

وحكى ابن أبي زمنين أن غير ابن وضاح رواها: ذمية مجوسية، وفي نسخة عنه: ذمية ومجوسية وبغير واو رواها الشيخ ابن لبابة.

فذهب فضل وابن اللباد وغيرهما أنه إنما أجاب في الكتاب على المجوسية؛ إذ الجواب إنما يصح فيها، ولم يجب على الذمية غيرها؛ إذ لو كان الجواب في ذلك كان خطأ؛ لأن نكاح نساء أهل الكتاب جائز للمسلمين.

وذهب أبو عمران وغيره أن المراد باللفظين المجوس؛ يعني ذمية منهم... أو حربية.

وذهب ابن لبابة وغير واحد إلى أن أو خطأ، وصوابه سقوطها، وعليه اختصرها كثير منهم: ذمية مجوسية.

ومنهم من حذف: ذمية، وقال: مجوسية، فقط.

واختصرها ابن أبي زمنين: ومجوسية، وهي بالمعنى الأول؛ أي ذمية من المجوس، وفي نسخة عنه بغير واو كما اختصر غيره. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 901.

(3) قوله: (منه) زيادة من (م).

(4) قوله: (الحلم) ساقط من (م).

(5) قوله: (ولأنه لو ارتد... لم يقتل) ساقط من (ف2). وانظر المسألة في: المدونة: 4/99.

(6) انظر: المدونة: 4/119.

قال مالك: هن النساء اللائي لهن أزواج بأرض الشرك[1] دلَّ[2] بذلك أن السبي هدم للنكاح[3].

قال أشهب: سبيا جميعاً أو مفترقين.

قال ابن القاسم: وكذلك إن سبي الزوج، ثم سبيت بعده[4].

قال في كتاب محمد: عن ابن القاسم إن[5] سبيا جميعاً أو سبي أحدهما قبل صاحبه؛ فهما على نكاحهما إذا علم ذلك بالبينة ما لم تستبرأ المرأة بحيضة، ويطأها السيد فإن وطئها قبل أن[6] يدركها الزوج، وعلم[7] ذلك فالنكاح منقطع[8].

قال ابن بكير: قال مالك: إن سبيت قبل الزوج انفسخ النكاح، وحلت لمالكها إذ لا عهد لزوجها، وإن[9] سبيا جميعاً فاستبقي الزوج؛ أقرا على نكاحهما، إذ صار للزوج[10] عهد حين استبقي فصار أحق من المالك بها[11] بهذا[12].

قال ابن القاسم: ولو سبيت، ثم قدم الزوج بأمان أو سبي وهي في الاستبراء؛ فلا سبيل له إليها لزوال العصمة بالسبي، وهذا الاستبراء استبراء ملك[13].

وإذا سبيت ذات زوج فعليها الاستبراء بحيضة، ولا عدة عليها[14].

---

(1) قوله: (قال مالك: هن النساء اللائي... الشرك) ساقط من (ق).

(2) في (ق): (فدل).

(3) في (ف1): (لنكاح)، وفي (ف2) و(ق): (النكاح). وانظر المسألة في: المدونة: 4/119.

(4) انظر: المدونة: 4/102و 103.

(5) في (ق): (إذا).

(6) قوله: (أن) ساقط من (ق).

(7) في (م): (ولم يعلم)، وفي (ف1): (ويعلم). والمثبت موافق لما في النوادر.

(8) انظر: النوادر والزيادات: 3/288.

(9) في (ف1): (فإن).

(10) في (ف2): (لزوجها).

(11) في (ف1): (لها).

(12)انظر النوادر والزيادات: 3/289.

(13) انظر: المدونة: 4/119.

(14) انظر: المدونة: 4/104.

ولو قدم الزوج مسلماً ثم سبيت امرأته فهي في عصمته إن أسلمت.

قال[1] محمد: عن ابن القاسم: أو عتقت بقيت زوجة[2] وإن أبت؛ فرق بينهما إذ لا تنكح أمة كتابية، وهي وولدها وما في بطنها ومهرها وجميع مال الزوج الذي خلف في بلد[3] الحرب فيء[4].

قال غيره: الولد تبع له وكذلك ماله إلا أن يقسم فيستحقه بالثمن، وبه يأخذ سحنون[5].

وهذا في الجهاد مذكور، وردة أحد الزوجين تزيل[6] العصمة حينئذ وهي طلقة.

ولو أسلم المرتد منهما مكانه؛ فلا رجعة للزوج [(م: 117/ب)]، وكذلك إن كانت تحته ذمية أو نكحها في ردته؛ لفسخ النكاح، وإن ارتد إلى مثل دينها.

قال المغيرة: إذا أسلم فهو أحق بها.

وقال[7] ابن شهاب: والأسير يعلم تنصره فلا يدرى أطوعاً أو كرهاً؛ فلتعتد زوجته ويوقف ماله وسريته فإن أسلم رجع إليه ماله وغيره، ولا رجعة له على الزوجة، وإن مات حكم فيه حكم المرتد؛ وإن ثبت إكراهه ببينة لم تطلق[8] عليه، وكان بحال المسلم في نسائه وماله ويرث ويورث[9].

وإن بني بالمرتدة بعد الردة؛ فلها الصداق كاملاً.

---

(1) قوله: (قال) زيادة من (ف1).

(2) في (ق): (زوجته).

(3) قوله: (في بلد) يقابله في (ف1): (ببلد)، وفي (ف2): (بدار).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 4/589.

(5) انظر: المدونة: 4/104.

(6) في (ق): (مزيل).

(7) قوله: (وقال) ساقط من (ن2)، وفي (ف1) و(ق): (قال).

(8) في (م): (يطلق).

(9) انظر: المدونة: 4/123.

الحكم في نكاح المشرك وطلاقه إذا أسلم أو أسلم عن ذات محرم أو[1] خامسة وشروط نكاحهم[2]

وقد أقرَّ رسول الله ﷺ أبا العاصي وصفوان على نكاح الشرك[3]، وخير غيلان إذ أسلم عن عشر[4] في أربع[5]، وخير فيروز الديلمي إذ أسلم عن أختين في إحداهما[6].

قال ابن القاسم: فما استحلوه في دينهم من نكاح أسلموا عليه فإنه ثابت كالنكاح بخمر أو[7] خنزير أو بغير مهر أو شرطا ذلك[8]؛ فإن أسلما بعد البناء وقد قبضت قبل

---

(1) في (ف1): (و).
(2) في (م): (نكاحها).
(3) انظر: المدونة: 4/95 و96. وسبق تخريج ذلك.
(4) في (م): (عشرة).
(5) في (م): (أربعة). والحديث صحيح: أخرجه الترمذي: 3/435، في باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشرة نسوة، من كتاب النكاح، برقم (1128)، وابن ماجة: 1/628، في باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، من كتاب النكاح، برقم(1953)، وأحمد: 2/13، برقم(4609)، وابن حبان: 9/465، في باب نكاح الكفار، من كتاب النكاح، برقم(4157و 4158) جميعهم عن ابن عمر رضي الله عنهما.
(6) انظر: المدونة: 4/115و116. والحديث حسن: أخرجه الترمذي: 3/436، في باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده أختان، من كتاب النكاح، برقم(1129و1130)، وابن ماجة: 1/627، في باب الرجل يسلم وعنده أختان، من كتاب النكاح، برقم(1951)، والدارقطني: 3/273، في باب المهر، من كتاب النكاح، برقم (105)، والبيهقي في السنن: 7/184، في باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، من كتاب النكاح، برقم (13836) من حديث الضحاك بن فيروز عن أبيه.
(7) في (ق): (و).
(8) عياض: وقوله في الكافرين: (إذا تزوجها بغير مهر أو شرط ألا مهر لها ثم أسلما).
قيل: فرق بين هذين اللفظين أن الأول أضمراه، والثاني صرحا به وحكمهما سواء.
واختلف على مذهب الكتاب في المسألة؛ فذهب أبو محمد وغيره إلى أنه إن دخل بها فلها صداق المثل مثل إذا لم تقبض الخمر والخنزير، وكذا بينه في كتاب ابن حبيب، وأن جوابه في الكتاب على المسألتين جميعا جواب واحد، وذهب غيره إلى أنه إذا دخل بها في المسألة العارية من المهر وبغير صداق فلا شيء لها، وكذا بينه في كتاب محمد، وأن جوابه في الكتاب بصداق المثل في مسألة الخمر =

البناء ما ذكرنا مضى عليها، وإن لم تكن قبضته، وقد بنى بها فلها صداق المثل، وإن لم يبن وقد قبضت الخمر أو الخنزير أو لم تقبضه خير بين إعطائها[1] صداق المثل أو الفراق، وتكون طلقة ويصير[2] كمن نكح على تفويض، قال غيره: إن قبضته مضى ذلك، ولا شيء لها بنى بها أو لم يبن[3].

وذكر ابن المواز عن ابن القاسم مثل قول غيره هذا[4].

وما كره من شروطهم لزم منها ما يوجبه الإسلام وبطل ما[5] سواه، ويبطل منها كل شرط بطلاق فيها أو[6] في غيرها أو بعتاق[7] أو ألا يتزوج عليها، أو يخرج بها ونحوه وما شرط ألا نفقة لها أو نفقة محدودة أو فساد في صداق؛ بطل الشرط ورد إلى ما يجب في[8] الإسلام، ولا أفسخ به النكاح إذا عقدوه[9] بما يجيزونه[10] =

والخنزير وحدها؛ لقوله: وقد قبضت وليس جوابا للمسألة العرية من المهر ولا فيها ما قبض، وأما قبل الدخول فقالوا: لا يختلف أنه لا يدخل بها إلا أن يفرض مهر مثلها وهذا هو الصحيح. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 894.

(1) في (م): (إعطائه).
(2) في (ف1): (وتصير).
(3) انظر: المدونة: 4/91.
(4) قوله: (وذكر ابن المواز... غيره هذا) ساقط من (م)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 4/594.
(5) قوله: (ما) زيادة من (ف2).
(6) في (ق): (و).
(7) في (ف2): (تعتاق).
(8) قوله: (في) ساقط من (ق).
(9) في (ق): (عقده).
(10) عياض: ثم قال بعد ذلك: (وما كان من شروطهم في أمر مكروه، فإنه يثبت من ذلك ما يثبت في الإسلام، ويفسخ ما يفسخ في الإسلام إلا ما كان من شرط من طلاق) إلى قوله: (فإنه لا يلزمه)، كذا رواية ابن وضاح، وكذا عند ابن عتاب. وعند غيره: (فإنه لا يثبت من ذلك إلا ما كان يثبت في الإسلام ولا يفسخ من ذلك إلا ما كان يفسخ في الإسلام، وما شرط لها من طلاق) إلى آخر المسألة ومثله في بعض روايات عبد الحق إلا أن هنا: ولا يفسخ من ذلك إلا ما كان يفسخ في الإسلام.
وعند ابن مسكين ويحيى بن عمر: فإنه يثبت من ذلك ما كان يثبت في الإسلام، ولا يفسخ من ذلك =

به[1]، وإن[2] فسخ بين المسلمين قبل البناء، وإن تزوج صغيران من أهل الذمة بغير إذن أبويهما[3] أو زوجهما أجنبي، ثم أسلما بعد البلوغ[4] ثبتا على نكاحهما، ولا يفسخ ما =

إلا ما كان يفسخ في الإسلام، ذكره عنهما... عبد الحق.
وفي رواية جبلة: فإنه لا يثبت من ذلك إلا ما كان يثبت في الإسلام، ولا يفسخ من ذلك إلا ما كان يفسخ في الإسلام.
وعند غيرهم: فإنه لا يثبت من ذلك ما كان يثبت في الإسلام، ولا يفسخ من ذلك ما كان يفسخ في الإسلام، وهذا نص ما في كتاب القاضي أبي عبد الله بن عيسى، وهي رواية ابن لبابة.
قال يحيى: وهي رواية سحنون، وهي الصواب. وهي كلها - إن شاء الله - راجعة إلى معنى؛ وذلك أنه يرجع قوله: يثبت من ذلك ما كان يثبت في الإسلام؛ يعني بعقد النكاح لو لم يشترط من تلك الشروط مثل إسقاط النفقة وشبهه ولا يضر اشتراط إسقاطه في نكاح الكفر، ويفسخ من ذلك ما يفسخ في الإسلام مما لا يلزم الزوج بالعقد مثل شرط ألا يتزوج عليها ولا يخرجها من بلدها ولا يمنعها زيارة أهلها، فهذا كله يسقط، ولا يثبت لا في الإسلام ولا في الكفر فعاد الفسخ على هذا للشرط لا للعقد، ولو علقه في الكفر بيمين؛ إذ أيمانهم غير لازمة، وإلى هذا يرجع قوله: (لا يثبت من ذلك إلا ما كان يثبت في الإسلام ولا يفسخ إلا ما كان يفسخ في الإسلام)، وكذلك رواية من روى: لا يثبت من ذلك ما كان يثبت في الإسلام مثل ما علقه من الشروط بطلاق أو عتق. فإنها لازمة في الإسلام ثابتة، غير ثابتة في الكفر ولذلك جاء بهذه المسألة في الكتاب بعد هذا وقيل في قوله: (ولا يفسخ من ذلك ما كان يفسخ في الإسلام)، يعني من العقود الفاسدة في الإسلام.
وقوله: (مثل ما لو شرط ألا نفقة لها أو عليه من قوتها كذا وكذا أو فسادا في صداق، فإن هذا وما أشبهه يسقط ويكون لها نفقة مثلها، ويردان من ذلك إلى ما ثبت في الإسلام، وليس يشبه المسلمة إذا لم يبن بها؛ لأن المسلمة إذا لم يبن بها فرق بينهما)، كذا رواية إبراهيم في هذا الفصل.
قال ابن لبابة: ومعنى هذا أن ما عقدوه في كفرهم ساقط لأن المسلمة إذا لم يبن بها، وإن كان مما يلزم في الإسلام وما تفسد به أنكحتهم، وعند ابن وضاح مكان هذا الكلام: فإن هذا وما أشبهه يرد فيه إلى ما يثبت في الإسلام لا غير، وكان هذا الكلام كله ساقطا من أول الباب في بعض الروايات، وساق الكلام: (فإن كان ذلك مما لا يحل لها أخذه؛ كالخمر والخنزير رأيت النكاح ثابتا، وليست كالمسلمة إذا لم يبن بها)، وسقط ما بين ذلك من سائر الكلام. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 912، وما بعدها.

(1) قوله: (به) زيادة من (ف2).
(2) في (ف1): (وهو إن).
(3) في (ق): (أبواهما).
(4) في (ف1): (النكاح)، والمثبت موافق لما في المدونة.

عقد في الشرك إلا ما لا يحل وطؤه[1].

ولا يلزم طلاق الكفر، وكذلك إن أسلم وتحته امرأة طلقها ثلاثاً، ونكحها قبل زوج.

وإن أسلمت فطلقها ثلاثاً، ثم أسلم فليس بطلاق، وله أن ينكح من كان طلق في شركه ثلاثاً قبل زوج، فإن[2] أسلم حربي أو ذمي على[3] أكثر من أربع زوجات، نكحهن في عقدة واحدة[4]، أو في عقد، فليختر أربعاً كن أول من نكح أو أواخرهن، ويفارق باقيهن، وكذلك الأمر في الأختين.

وإن[5] أسلم عن أم وابنة تزوجها في عقدة أو عقدتين، فإن لم يكن بنى بهما؛ فله اختيار إحداهما، قال غيره: لا بد [(م: 118/أ)] أن يفارقها، ثم ينكح الابنة إن شاء[6].

---

(1) انظر: المدونة: 4/116 و117.

(2) في (ف1) و(ف2) و(ق): (وإن).

(3) في (ف2) و(ق): (عن).

(4) قوله: (واحدة) ساقط من (ق).

(5) في (ف2): (فإن).

(6) انظر: المدونة: 4/114 و115.

عياض: وقوله في (الذي أسلم وعنده أم وابنتها ولم يبن بهما: يمسك من شاء منهما؛ إن كان نكاحهما في عقدين أو عقدة واحدة).

وقال بعض الرواة: (لا يجوز له أن يحبس واحدة منهما)، فرأى أن للعقدة عليهما في حال الكفر تأثيرا يوجب فسخ نكاحهما.

وقال بعض الشيوخ: معنى هذا في عقد واحد، ولو كانت واحدة بعد أخرى لأمسك الأولى ولا يكون أشد حالا من المسلم.

زاد في قول غيره: ولا بأس أن ينكح الابنة نكاحا جديدا مستأنفا ثبتت هذه الزيادة عند القاضي أبي عبد الله وغيره.

وعلى إثباتها اختصرها أبو محمد وسقطت عند ابن عتاب وغيره وعلى إسقاطها اختصرها ابن أبي زمنين وغيره.

والخلاف في هذا مبني على صحة عقودهم وفسادها؛ فابن القاسم لا يرى عقودهم صحيحة ولا يراعيها ولا يرى فيها شبهة، فلا تؤثر عنده وغيره يراها مؤثرة مع اختلاف العلماء في صحتها =

قال أشهب: تحرم الأم عليه ويثبت على الابنة. ولو مس الأم وحدها حرمتا عليه جميعاً للأبد، ولو لم يمس إلا[1] الابنة ثبت عليها وحرمت عليه[2] الأم[3].

قال ابن القاسم: فإن اختار الأم ولم يبن بها كرهت لأبنائه نكاح الابنة[4]، وحكي عن محمد إجازته، وأن أشهب نهى عنه[5].

قال ابن القاسم: فإن بنى بهما فارقهما ولا تحلان له أبداً[6].

وإن بنى بواحدة أقام عليها وفارق الأخرى، وكذلك المجوسي يسلم[7] هو وزوجاته، وكذلك إن أسلم هو[8] وتحته امرأة كان تزوج ابنتها، ثم ماتت الابنة قبل =

وفسادها وأشهب راعى ذلك لكنه لم يفسخ النكاحين، لكنه حرم الأم للشبهة في عقد البنت وأبقاه مع البنت وسواء عنده كانت عقدتاهما متفقتين أومفترقتين، وهذا كله موافق لأصله أول الكتاب في متزوج الأم وابنتها في عقدة أن يمنع من الأم لشبهة عقد البنت.

وقد يكون عند غير ابن القاسم إنما راعى وقت إسلامه، وهما في عقدة، فكأنه - حينئذ - عقد عليهما؛ إذ هما في ملكه بعقده المتقدم، كانا معا أو مفترقين؛ فلذلك رأى فسخ النكاحين، ثم ينكح الابنة كما قال؛ إذ لم يدخل بأمها. وظاهر قوله أنه: (لا ينكح الأم للشبهة في البنت) كما قال أشهب، وعلى أصله في العقد على الأم والبنت معا ألا تراه أنه لم يتعرض إلا لنكاح البنت ولم يذكر الأم؟.

وغيره - هنا - هو أشهب - والله أعلم - فإن كان فيكون لأشهب في فسخ النكاح فيهما أو في الأم وحدها قولان.

وانظر قول ابن القاسم: (إذا حبس الأم وأرسل الابنة لا يعجبني... لابنه أن يتزوجها)، وهل هو سوى عقد في الكفر أم لا، وقد جعل له - هنا - تأثيرا في الحرمة، والذي له في كتاب محمد خلاف هذا، وأنها لا تحرم بعقد أهل الشرك. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 907، وما بعدها.

(1) قوله: (إلا) ساقط من (ق).

(2) قوله: (عليه) زيادة من (ف2).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 4/588.

(4) انظر: المدونة: 4/114.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 4/589.

(6) انظر: المدونة: 4/113.

(7) قوله: (يسلم) ساقط من (ف1).

(8) قوله: (هو) زيادة من (م).

البناء[1]. يريد أنه[2] يثبت عليها.

ما يحل من وطء الكوافر بملك أو بنكاح ونكاح المشركين فيما بينهم وطلاقهم والمشرك ينكح مسلمة

قال الله سبحانه: ﴿وَلَا تَنكِحُوا ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [سورة البقرة آية: 221] فهم[3] الحرائر والإماء إذ الوطء يسمى نكاحاً، واستثنى تحليل[4] نكاح حرائر الكتابيات بقوله: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا ٱلْكِتَٰبَ﴾ [سورة المائدة آية: 5]، وهذا إحصان الحرية ولم تحل[5] الأمة بالنكاح إلا مؤمنة؛ لقوله سبحانه: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [سورة النساء آية: 25]، وهذا إحصان الحرية ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [سورة النساء آية: 25]، وأحل وطء الكتابيات بالملك بقوله جل وعز في تحريم ذوات الأزواج: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [سورة النساء آية: 24] فهذا[6] إحصان نكاح.

ثم استثنى فقال: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [سورة النساء آية: 24]، وهن اللائي ملكناهن بالسبي ولهن أزواج كفار ببلد الحرب، وبقي تحريم المجوسيات بنكاح أو ملك بالتحريم الأول العام؛ فلا يجوز وطء مجوسية بنكاح أو ملك.

قال[7] ابن شهاب: ولا قبلة ولا مباشرة ويطأ الأمة الكتابية بالملك[8].

---

(1) انظر: المدونة: 4/114.

(2) قوله: (أنه) ساقط من (ف1).

(3) في (ف2): (فعم).

(4) قوله: (تحليل) ساقط من (م).

(5) في (م): (يحل).

(6) في (ف2): (وهذا).

(7) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(8) انظر: المدونة: 4/108.

ولا يجوز بنكاح[1] لمسلم حر أو عبد كانت لمسلم أو ذمي، ويجوز للمسلم[2] نكاح حرة كتابية.

قال: وإنما كره ذلك مالك، ولم يحرمه[3]، لما تتغذى به[4] من خنزير وخمر وتغذي[5] ولده وهو يقبل ويضاجع[6]، وليس له منعها منه ولا من الكنيسة[7].

ولا أحب له نكاح حربية لتركه[8] ولده بدار[9] الكفر، وأرى له أن يطلقها، ولا أقضي عليه[10].

---

(1) في (ق): (نكاح).
(2) في (م): (لمسلم).
(3) قوله: (ولم يحرمه) ساقط من (ق).
(4) في (ف1): (يريد).
(5) عياض: بالغين والذال المعجمين من التغذية بالطعام والشراب.
وفي بعض الروايات: وتعدي - بالمهملتين ساكنة العين - من الإعداء، وهو إغراؤها إياهم بالكفر وتزيينه لهم وتحبيبه لنفوسهم. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 905.
(6) انظر: المدونة: 4/106.
(7) انظر: المدونة: 4/108.
(8) في (ف1): (لنشأة)، وفي (ف2): (لتربية)، وفي (ق): (لنثره).
(9) في (ف2): (في دار).
(10) انظر: المدونة: 4/105و106.
عياض: مسألة (المتزوج للكتابية في دار الحرب كرهها مالك).
وكره - أيضا - الذمية في دار الإسلام، لكن كراهيته الحربية أشد، حتى شك ابن القاسم هل يحكم بفسخ ذلك أم لا؟ ورأى ابن القاسم عليه (أن يطلقها من غير قضاء)؛ وذلك أن كثيرا من أهل العلم لا يرون نكاحها، ويرون الآية المبيحة للكتابيات إنما هي في الذميات منهن دون الحربيات، وللعلة - أيضا - التي ذكر مالك من الخوف على ولده هناك، وتنصره وأشد منه سكناه معها دار الحرب والكفر، وحيث يجري حكمهم عليه وهو حرام بإجماع وجرحة ثابتة في فاعله مع الاختيار؛ ولهذا أدخل سحنون بأثر المسألة قول ابن شهاب: (غير أنه لا يحل للمسلم أن يقدم على أهل الحرب المشركين ليتزوج فيهم أو يلبث بين أظهرهم).
ومراده - هنا - بالمشركين: أهل الكتاب والذمية، فهذه العلل فيها كلها معدومة، ولكن كرهها

ولا بأس إن وقعت في سهمه أمة[1] أن يطأها بدار الحرب، وإن كان لها زوج حربي بعد الاستبراء بحيضة؛ لأنه ملك وكرهه بعض الناس؛ خيفة أن تهرب منه حاملاً، ولو قدمت بأمان أو[2] أسلمت ؛ لم تنكح إلا بعد ثلاث حيض.

ولا يطأ المسبية من غير الكتابيات حتى تجيب إلى الإسلام؛ بأن تشهد ألا إله إلا الله، وأن محمداً عبده ورسوله، وتصلي[3] أو تجيب بأمر يعرف وبعد الاستبراء [(م: 118/ب)] وتجزئه حيضتها قبل الإسلام، كمن اشترى مودعة عنده قد حاضت، وإن كانت المجوسية صغيرة فإن كانت ممن تعرف الإسلام؛ لم يطأها حتى يجبرها على الإسلام وتعقل ما تجيب إليه[4]، ومن هذا طرف في الجنائز.

قال:[5] ولا أمنع نصرانياً نكاح مجوسية أو[6] مجوسياً نكاح نصرانية والولد تبع

=

للمودة التي تكون بين الزوجين؛ قال الله تعالى: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [سورة الروم آية: 21]، و﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [سورة المجادلة آية: 22]، ولما ذكر من تربيته ولده على الكفر وتزيينه في قلبه، وتكريه الإسلام وأهله له، وتغذيتهم بالخمر والخنزير، ومضاجعته لها وتقبيله إياها، وذلك في فيها، وعرقه معها، وقد اختلف في نجاسته. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 903، وما بعدها.

(1) قوله: (سهمه أمة) يقابله في (ق): (سهمانه).

(2) في (ف1): (و).

(3) في (ف2): (أو تصلي).

(4) عياض: وقوله في السبية الصغيرة: (لا أرى أن يطأها حتى يجبرها على الإسلام إذا كانت قد عقلت ما يقال لها)، يعارض هذا قوله: (إنها لو رجعت إلى الإسلام لم تقتل، وأنه إسلام لا تستحق به ميراثا، ولا تحرم به على زوج، والاحتياط ألا يباح له الاستمتاع منها لا سلام فيها بإسلام غير محقق، وإلى هذا نحا سحنون، وأنكر قوله: (حتى تجيب إلى الإسلام).

وقال بعضهم: وقوله: (إذا كانت تعقل الإسلام)، يدل أن له الاستمتاع منهن بمن لم يعقل الإسلام. وقد ذكر ابن المواز جواز عتقها، وفي الرقاب الواجبة وإن لم تسلم. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 917 و918.

(5) قوله: (قال:) زيادة من (ف1).

(6) في (ف1): (ولا).

للوالد في الدين وأداء الجزية، وهم في حضانة الأم[1].

قال ابن قسيط: وللرجل أن يفرق بين الزوجين المسبيين فيطأ الأمة بعد حيضة[2].

قال مالك: وإذا قدم إلينا من أهل الحرب تجار فباعونا رقيقاً، فذكر الرقيق والبائعون[3] لهم أن بينهم نكاحاً، أو علم ذلك ببينة كانوا على تناكحهم[4]، وإن لم يعلم إلا بقول الرقيق فرق بينهم[5].

ووقع في رواية ابن المواز إذا علم بائعوهم وغيرهم.

وفي المدونة: إذا علم ذلك بائعوهم، أو علم ذلك ببينة بزيادة ألف، ولا يطأ الكافر مسلمة[6] بنكاح، أو ملك[7] ويتقدم في ذلك إلى أهل الذمة ويعاقب فاعله بعد التقدم ويفسخ النكاح، وإن أسلم الزوج ولا عقوبة على من[8] عُذر بجهالة وتباع على مالكها.

قال ربيعة: وإن نكحها وزعم أنه مسلم، فلما خشي الظهور عليه أسلم وقد بنى بها فرق بينهما ولها الصداق، وإن رجع إلى الكفر؛ قتل[9].

ولا بأس أن يزوج عبده النصراني أمته النصرانية[10]، وإن تزوج ذمي ابنته أو

---

(1) انظر: المدونة: 4/109.
(2) انظر: المدونة: 4/102.
(3) في (م): (البائعون). وقوله: (فذكر الرقيق البائعون) يقابله في (ف2): (فذكروا هم وبائعوهم).
(4) في (ق): (نكاحهم).
(5) انظر: المدونة: 4/102و103.
(6) في (ق): (المسلمة).
(7) في (ق): (بملك).
(8) قوله: (من) ساقط من (م).
(9) انظر: المدونة: 4/93.
(10) عياض: ووقع له في كتاب محمد كراهة ذلك، فهل مذهب الكتاب في الجواز إنما هو إذا وقع؟ لأنه قال: (فيزوج السيد الأمة من العبد أيجوز هذا النكاح أم لا ؟ قال: نعم)، ولم يقل ابتداء إن للسيد فعل ذلك.
وما في كتاب محمد على الكراهة ابتداء؛ لأنه عون لهم على عصيانهم وارتكاب ما لا يحل لهم في

أخته أو أقام على مبتوتة؛ لم يعرض له إذا كان ذلك مما يستحلونه[1] في دينهم، وإن أعلنوا الزنا؛ أُدِّبُوا.

وإن تزوج ذميٌّ زوجةَ ذمي سواه فرافعه زوجها إلينا منع من ذلك، وهذا من التظالم الذي أمنعهم منه، ولا أحكم على ذمي طلق زوجته لزوجته بطلاق إلا أن يرضيا جميعاً بحكم الإسلام فالحكم مخير فيهم، فإن حُكِّمَ؛ حَكَمَ بحكم المسلمين.

قال مالك: وأحب إليَّ ألا يحكم بينهم[2].

=

كفرهم، ولأنه ليس من أنكحة المسلمين فكيف يتولاه مسلم أو يكون خلافا كما حمله عليه بعض الشيوخ، واختصره أكثرهم على جوازه ابتداء، فأباحه على القول: إنهم غير مخاطبين بفروع الشرائع، ولأن السيد بالحقيقة - هنا - ليس بعاقد نكاح، إنما هو آذن ومبيح.

وكرهه على القول الآخر؛ لأن كل واحد منهما محرم على صاحبه حتى يسلم لكون أحدهما مجوسيا أو لكون النصرانية أمة، وهي لا يجوز وطؤها بالنكاح، ولا تحل - أيضا - للنصراني، فعقد هذا المسلم معونة لهم على عصيانهم.

وأجازه على القول الآخر؛ لأن السيد - هنا - بالحقيقة ليس بعاقد نكاح، إنما هو آذن؛ إذ لا يلزم في أنكحتهم ما يلزم في أنكحة المسلمين من شرط الصداق والولي، وليس النكاح يحتاج - هنا - أكثر من تراضيهم وعقدهم على أنفسهم باسم النكاح، ويأذن لهم السيد في ذلك، فليس بعاقد ولا منكح، وإنما هو تارك لهم على دينهم كتركهم وشرب الخمر وأكل الخنزير على مشهور القولين في ذلك، بخلاف جلبها لهم وشرائها وعصرها وسقيها إياهم فالسيد ممنوع من هذا على كل حال. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 918 و919.

(1) في (م): (يستحلوه).

(2) انظر: المدونة: 4/117و 118.

عياض: قال بعض شيوخنا: ظاهره أنه لا يلتفت في الحكم بينهم إلى رضى أساقفتهم.

وفي العتبية لابن القاسم: لا بد من رضى أساقفتهم.

ظاهر بحكم آخر الكلام إن حكم بينهم أن يتركهم ولا يفرق بينهم؛ إذ هو حكم الإسلام في طلاق أهل الكفر، كما قال.

وعلى هذا تأول المسألة ابن أخي هشام وابن الكاتب وغير واحد، وهو أظهر.

وحملها القابسي وغيره على ظاهر اللفظ، وعلى أنه يحكم بينهم بالفراق؛ إذ هو حكم أهل الإسلام الذي تراضوا به.

ثم اختلفوا؛ فأما القابسي فلم ير أن يزيد شيئا على أن الحاكم يفرق بينهم مجملا دون الثلاث.

وذهب ابن شبلون إلى الحكم بالثلاث كالحكم بين المسلمين ويبينها منه.

=

ما يحل من الجمع بين النساء بنكاح أو وطء بملك من كتاب النكاح الأول[1] والاستبراء

قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [سورة النساء آية: 23]، وحرم تعالى نكاح الخامسة.

وأما الجمع بين المرأة وبين[2] خالتها وعمتها[3]؛ فمحرم بدليل القرآن وبنص السنة، وجعل الرسول ﷺ تحريم الرضاع كالنسب[4]، فلا يجمع بين أختين من نسب أو رضاع، ولا بين المرأة وبين[5] بنات أختها أو بنات أخيها، أو مع بنات بنيها الذكور أو[6] الإناث من نسب أو رضاع في عصمة نكاح، ولا في وطء بملك أو بنكاح وملك، ويجمع بينهن في الرق[7].

ومن كتاب أبي الفرج وابن حبيب قال: ولا يجمع بين المرأة وعمة عمتها فأما =

وكان الشيخ أبو محمد يقول: إن كان العقد صحيحا ألزمه فيه الطلاق، وإن كان مخالفا لشروط الصحة لم يلزمه شيئا، وقد يحتج هؤلاء بما وقع في كتاب العتق الثاني في النصراني يعتق عبده ويتمسك به أنه لا يعرض له إلا أن يرضى السيد بحكم الإسلام فيحكم عليه بحريته، وظاهره والطلاق سواء. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 916 و917.

(1) قوله: (الأول) زيادة من (ف2).

(2) قوله: (بين) ساقط من (ف2).

(3) في (ق): (أو عمتها). متفق عليه: أخرجه البخاري: 5/1965، في باب لاتنكح المرأة على عمتها، من كتاب النكاح، برقم(4820)، ومسلم: 2/1028، في باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، من كتاب النكاح، برقم(1408)، ومالك: 2/532، في باب ما لا يجمع بينه من النساء، من كتاب النكاح، برقم(1108) من حديث أبي هريرة.

(4) متفق عليه: أخرجه البخاري: 4/1801، في باب تفسير سورة الأحزاب، من كتاب التفسير، برقم(4518) ومسلم: 2/1069، في باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل، من كتاب الرضاع، برقم(1445) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(5) قوله: (بين) زيادة من (م).

(6) في (ق): (و).

(7) انظر: المدونة: 4/69 و70.

مع[1] خالة[2] عمتها، فإن كانت [(م: 119/أ)] العمة أخت أبيها لأمه أو[3] لأبيه وأمه فهو حرام، وإن كانت العمة أخت أبيها لأبيه؛ فخالتها أجنبية من هذه الصبية، وكذلك الجمع بينها وبين عمة خالتها، فإن كانت خالتُها أختَ أمها لأبيها؛ فهو[4] حرام وهي أخت الجد، وإن كانت خالتُها أختَ الأم لأمها دون أبيها؛ فإن العمة أجنبية من الصبية؛ فلا بأس بالجمع بينهما[5].

بدلت[6] بعض لفظه وأتيت بمعناه وبينته.

ومن المدونة قال ابن شهاب: ولا يجمع[7] بين المرأة وبين من لأبيها أو لأمها من عمة أو خالة[8].

قال ربيعة ويحيى بن سعيد: لا بأس أن يجمع بين ابنتي العم أو الخال، وليس أبوهما واحداً[9].

قال[10] مالك: ما أعلم حراماً وغيره أحسن منه.

قال يحيى بن سعيد: وإنما[11] كره لعلة التقاطع بينهما.

قال[12] ربيعة ومالك: ويجمع بين المرأتين بينهما نسب يحل لإحداهما لو كانت رجلاً نكاح الأخرى.

---

(1) قوله: (مع) زيادة من (ف1).

(2) قوله: زاد بعده من (ف1) (خالتها).

(3) قوله: (لأمه أو) ساقط من (ف2).

(4) في (ف2): (فهي).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 4/516.

(6) في (ف1): (وبدلت).

(7) قوله: (ولا يجمع) يقابله في (م): (قال ولا يجمع).

(8) انظر: المدونة: 4/70.

(9) قوله: (أبوهما واحداً) يقابله في (ف2): (أبواهما واحد) وفي (ق): (أبوهما واحد).

(10) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(11) في (ف1) و(ق): (إنما).

(12) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

قال[1] مالك: ولا بأس أن يجمع بين المرأة وربيبتها، وقد جمع عبد الله بن جعفر بين امرأة علي وبين ابنته من غيرها[2].

وإن تزوج أختاً بعد أخت، فلم يبن بهما، أو بنى بإحداهما أو بهما[3]؛ فليثبت مع[4] الأولى ويفارق الآخرة فسخ[5] بغير طلاق، وكذلك كل من يحرم الجمع بينهن، وللمدخول بها المسمى أو المثل إن لم يسم.

وكذلك واطئ ذات محرم بنكاح وإن نكحهما في عقدة فلم يبن[6] بهما أو بنى بهما أو بإحداهما فليفارقهما وينكح أيتهما شاء بعد استبرائها إن مسها[7].

وإن وطء أمة بالملك، ثم ابتاع أختها؛ لم يطأ الثانية حتى يحرم فرج الأولى، وإن وطئها[8] وقف عن[9] معاودة كل واحدة منهما حتى يحرم فرج واحدة منهما[10]؛ فإن حرم فرج الثانية أقام على وطء الأولى، وإن حرم الأولى؛ لم يطأ الثانية حتى يستبرئ لفساد وطئه؛ وليحرم إحداهما ببيعٍ أو نكاحٍ[11] أو عتق إلى أجل أو بما تحرم به عليه[12].

قال محمد: فإن ابتاعها[13] فلا يطأ الباقية حتى تخرج المبيعة من الاستبراء[14].

---

(1) قوله: (قال) ساقط من (ف2) و(ق).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/515 و516.

(3) قوله: (بإحداهما أو بهما) يقابله في (ق): (بهما أو بإحداهما).

(4) في (ف2): (على).

(5) في (ف1): (فسخاً).

(6) في (م): (يبين).

(7) انظر: المدونة: 4/63.

(8) في (ف2): (وطئهما).

(9) في (ف1): (على).

(10) قوله: (منهما) زيادة من (ف2).

(11) في (ق): (بنكاح).

(12) انظر: المدونة: 4/64و 65.

(13) في (ف2): (باعها).

(14) انظر: النوادر والزيادات: 4/513.

قال ابن القاسم: وإن[1] ظاهر منها لم تحل له أختها إذ له الكفارة، وكذلك إن باعها من عبده أو ابنه الصغير، أو يتيم في حجره إذ له الاعتصار والانتزاع والبيع، وكذلك إن زوجها تزويجاً لا يقران[2] عليه أو باعها من أجنبي بيعاً فاسداً؛ إلا أن تفوت في البيع الفاسد فتحل له أختها[3].

وإن باعها وبها عيوب حلت له أختها، وهو بيع تام حتى ترد بها[4] وإن أسرت أو أبقت إباق إياس حلت له أختها.

وإن اشترى أختين وَطِئَ أيتهما شاء، فإن وطئهما ثم باعهما، ثم اشتراهما في صفقة وطئ أيتهما شاء، وإن وطئهما ثم باع واحدة أو زوجها، فلم يمس الباقية حتى رجعت تلك إليه؛ فلا يطأ إلا الباقية لا الراجعة، وإن وطئ إحداهما، ثم باعها ثم وطئ الباقية [(م: 119/ب)] أو باع أمة وطئها، ثم اشترى أختها فوطئها، ثم اشترى في الوجهين تلك المبيعة فلا يطئها حتى يحرم فرج الأخرى، ولو لم يكن وطئ الباقية حتى اشترى المبيعة وطئ أيتهما شاء، ولكن لو باع أمة وطئها ثم تزوج أختها فلم[5] يطأ أختها حتى اشترى المبيعة لم يطأ إلا الزوجة، والعقد هٰهنا كالوطء في الملك، ولو وطئ أمة بملك ثم تزوج أختها وقف فإما حرم فرج الأمة أو طلق.

قال سحنون: وقد قال ابن القاسم وغيره: لا ينعقد نكاحها[6] وهو أحسن[7] وأشهب يرى عقد النكاح تحريماً[8] للأمة كان يطأها أم لا[9].

---

(1) في (ف1): (فإن).

(2) في (ف2): (يقر).

(3) انظر: المدونة: 5/229 و230.

(4) قوله: (ترد بها) يقابله في (م): (تردها).

(5) في (ف2): (ولم).

(6) في (ف1) و(ف2) و(ق): (نكاحه).

(7) انظر: المدونة: 4/64.

(8) في (ف2) و(ق): (تحريم).

(9) في (ق): (أو لا). وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 4/515.

ومن تزوج امرأة فلم يمسها حتى اشترى أختها؛ أقام على وطء الزوجة، وإن[1] وطئ المشتراة كف عن الزوجة حتى يحرم فرج الأمة، ولا يفسد هٰهنا النكاح في قول أحد.

ولو زوج أم ولده ثم اشترى أختها فوطئها، ثم رجعت[2] إليه أم الولد؛ أقام على وطء الأمة، ولو ولدت منه الأمة ثم زوجها وأختها، ثم رجعت إليه وطئ أيتهما شاء إلا أن يطأ أولهما[3] رجوعاً، وما وجب في أختي النسب؛ وجب مثله في أختي الرضاع في هذا.

قال[4] محمد: وكذلك المرأة وعمتها أو خالتها[5].

وإن طلق امرأته طلاقاً بائناً فله تزويج أختها في عدتها، وكذلك خامسة في عدة رابعة مبتوتة، وإن لم تكن بائناً، وادعى الزوج أنها أقرت بانقضاء العدة في أمد تنقضي العدة في مثله فأكذبته؛ لم أصدقه في نكاح الخامسة أو الأخت أو قطع النفقة والسكنى، وإن نكح الأخت أو الخامسة؛ فسخ النكاح إلا أن يأتي هو على قولها ببينة، أو بأمر يعرف به انقضاء[6] العدة.

ولو تزوج امرأةً في عدتها، فلم يبن بها حتى نكح أختها فالنكاح الثاني جائز؛ لأن نكاح التي في العدة غير منعقد وهي تحل لآبائه وأبنائه ما لم يمسها أو يتلذذ بها، وإن تزوج مسلم بدار الحرب وله ثلاث نسوة مسلمات، ثم قدم فأراد نكاح رابعة فليس ذلك له إذ الحربية في عصمته.

---

(1) في (ق): (فإن).

(2) في (ق): (رجعتا).

(3) في (م) و(ق): (أولتهما).

(4) قوله: (قال) زيادة من (ف1).

(5) انظر: المدونة: 515/4.

(6) في (م): (القضاء).

ما يحرم من النسب والصهر وجميع القرابة ومن أتى ذلك عامداً

قال الله ﷻ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [سورة النساء آية: 23] فحرم الله تبارك وتعالى من النسب سبعاً ومن الصهر والرضاع سبعاً.

وقال: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ النِّسَآءِ﴾ [سورة النساء آية: 22]، وحرم رسول الله ﷺ من ذلك بالرضاع ما يحرم بالنسب[1][2].

قال ابن القاسم: فإذا عقد نكاح امرأة حرمت بالعقد[3] [(م: 120/أ)] دون الوطء على آبائه، وإن بعدوا وأبنائه، وإن سفلوا بنسب أو رضاع[4] وحرمت عليه أمهاتها، ولا تحرم ابنتها بالعقد دون وطء أو التذاذ، وإنما تقع الحرمة فيما ذكرنا[5] بالعقد خاصة في نكاح صحيح أو فيما في إجازته اختلاف؛ فأما[6] ما لا اختلاف في فسخه كذا[7] محرم[8] أو رضاع أو في عدة فلا تحرم بالعقد فقط، وهذا في باب فسخ النكاح الفاسد مذكور.

وأما من وَطئ امرأةً أو قبل أو باشر، أو نظر للذة الملك[9] أو بنكاح صحيح أو

(1) في (ق): (من النسب).

(2) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/935، في باب الشهادة على الأنساب والرضاع...، من كتاب الشهادات، برقم: 2502، ومسلم: 2/1071، في باب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة، من كتاب الرضاع، برقم: 1447، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما بلفظه، وأخرجه مالك: 2/607، في باب جامع ما جاء في الرضاعة، من كتاب الرضاع، برقم: 1268، بلفظ: "الولادة" بدل "النسب".

(3) قوله: (بالعقد) يقابله في (م): (بالعقد بالوطء دون العقد بالعقد).

(4) انظر: المدونة: 4/60.

(5) في (ف1): (ذكروا).

(6) في (ف2): (وأما).

(7) في (ف2): (كذات).

(8) قوله: (أو رضاع وحرمت عليه أمهاتها... كذا محرم) ساقط من (ف1).

(9) في (ف1): (للملك).

فاسد أو حرام بشبهة أو في عدة[1]؛ فإنها تحرم على آبائه وأبنائه[2].

وتحرم عليه ابنتها بنكاح أو بملك[3]، وتقع الحرمة بنكاح العبد بغير إذن سيده، ثم يفسخه[4] السيد، أو غائب زوج فرضي بعد طول المدة ففسخ ذلك.

قال مالك في غير المدونة: وكذلك إذا قدم الغائب، فلم يرض ففسخ ذلك، وهو أجنبي أو ابن كبير بائن زوَّجه أبوه، ثم قدم فلم يرض.

قال[5] المغيرة وابن الماجشون وابن دينار: إذا قدم الغائب فلم يرض فلا يقع بذلك التحريم ورويَ لمالك.

وروى ابن وهب أن مالكاً كرهه[6]. قال أصبغ: بل ذلك حرام.

قال[7] عبد الملك: فإن[8] أجازه القادم ففسخناه فإن الحرمة تقع به حينئذ[9].

قال ابن القاسم: ومحمل الجدات في التحريم محمل الأمهات، ومحمل بنات البنات وبنات الأبناء محمل البنات[10].

قال مالك: إن من زنى بأم زوجته، أو بابنتها حرمت عليه زوجته[11].

قال سحنون: وقال في موطئه لا يحرم الزنا حلالاً[12]، وعليه أكثر أصحابه، وقاله عدد من الصحابة والتابعين، وكذلك متزوجها عالماً فوطئه لها تحريم للابنة[13]

---

(1) في (ف2): (عدتها).

(2) انظر: المدونة: 4/365.

(3) في (ف2): (ملك).

(4) في (م): (بفسخه).

(5) في (ف1) و(ف2): (وقال).

(6) في (ق): (كره).

(7) في (ف2): (وقال).

(8) في (ف2): (وإن).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 4/429.

(10) انظر: المدونة: 4/57.

(11) انظر: المدونة: 4/59.

(12) انظر: الموطأ: 2/533، والنوادر والزيادات: 4/508.

(13) في (ف1): (لابنتها).

في أحد قوليه، ويحد إلا أن يعذر بجهالة فلا يحد، ويلحق به الولد وهو آكد في التحريم به[1] من الزنا للحوق النسب وزوال الحد عنه، وكذلك في أحد قولي مالك: إن زناه بالمرأة أو تلذذه منها حراماً[2] يحرم أمها وابنتها وتحرم على آبائه، وإن كانت في عصمة أحدهما.

قال ابن القاسم: وبه أقول في كراهية ذلك[3].

ووطء الملك في الأم والابنة[4] كوطء النكاح في التحريم[5]، وإن وطئ أمة له أو لولده وامرأته أم لها؛ فارق امرأته ولا يحد[6].

وإن ولدت الأمة منه عتقت عليه يريد إن بنى بالأم وعليه قيمتها[7] للابن، وكذلك ما ملك من ذات محرم فأولدها إذ حرم عليه ما كان له فيها من المتعة.

وإن تزوج في عدة ولم يبن حتى تزوج أمها، أو أختها أقام على الثانية ونكاح الأولى كلَا نكاح وتحل لآبائه وأبنائه[8].

---

(1) قوله: (به) ساقط من (ف1)، وفي (ق): (له).

(2) في (ف2): (حرام).

(3) انظر: المدونة: 4/59، وما بعدها.

(4) في (م): (الأمة).

(5) عياض: حمل الشيوخ قوله - هنا -على أنه لا يقضى عليه بالفراق كما نص في كتاب محمد، وأنه على التنزه والكراهية خلاف ظاهر كتاب ابن حبيب أنه كان يرى ذلك يحرم، وأنه رجع عما في الموطأ من تحليل ذلك، وأن الحرام لا يحرم الحلال ورجع إلى تحريم ذلك، وثبت عليه إلى أن مات.
وقد نقل عنه بعض شيوخنا القضاء عليه بذلك وحمل المسألة على ثلاثة أقوال والذي له في كتاب الاستبراء مثل ما في الموطأ.
وقيل: ما هنا على الاستحباب، وما في الاستبراء على أنه لا يجب. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 880 و881.

(6) انظر: المدونة: 4/70 و71.

(7) في (م): (قيمته).

(8) انظر: المدونة: 4/57.

وإن تزوج امرأة في عقدة ثم تزوج أمها عالماً، أو غير عالم فإن مسهما[1] أو مس الأم خاصة؛ [(م: 120/ب)] حرمتا للأبد، ولا صداق للابنة إن لم يبن بها[2].

قال محمد: وهو[3] فسخ ليس[4] بطلاق؛ ولو كان نكاح الابنة آخراً وبنى بها ولم يكن بنى بالأم فارقهما، ولا صداق للأم ويتزوج الابنة إن شاء بعد ثلاث حيض، أو وضع حمل فإن لم يدخل بالأخرى[5] ثبت على الأولى أمّاً كانت أو ابنةً دخل بها أو لم يدخل، ويفسخ نكاح الثانية.

وإن تزوجهما في عقدة[6] واحدة[7] وسمى صداق كل واحدة؛ فإن كان بنى بهما حرمتا للأبد وإن لم يبن بهما فسخ نكاحهما، وخطب أيتهما شاء وقيل: لا ينكح الأم للشبهة.

ولو بنى بالابنة فسخاً وخطب الابنة بعد الاستبراء ولم تحل له الأم.

ولو بنى بالأم وحدها لفسخا ثم نكح[8] الأم إن شاء بعد الاستبراء، وحرمت عليه الابنة.

---

(1) في (ف1): (مسها).

(2) عياض: وقوله في (الذي تزوج امرأة فلم يبن بها حتى تزوج أمها، وهو لا يعلم فبنى بها: يفرق بينهما ولا صداق للابنة؛ لأنه لم يتعمد الزوج هذا التحريم) اختصرها أبو محمد ومن وافقه: وهو عالم أو غير عالم.

وذهب غيره إلى أنه متى كان عالما فالصداق ثابت عليه؛ يريد نصفه، وإليه ذهب ابن لبابة وأبو عمران، وهو مفهوم الكتاب بقوله: لأنه لم يتعمد الزوج. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 879 و880.

(3) في (ف2): (لأنه).

(4) في (ف1) و(ف2): (وليس).

(5) في (ف1) و(ق): (على الأخرى)، وفي (ف2): (بالآخرة).

(6) في (ق): (عقد).

(7) قوله: (واحدة) زيادة من (ف1).

(8) في (م): (تنكح).

قال ابن القاسم في المجالس: إن مس الأم حرمتا عليه[1] جميعاً.

ولو نكحهما معاً[2] في عقدة ثم تبين أن للأم زوجاً لفسخا[3]، ولم يثبت نكاح الابنة كصفقة جمعت حلالاً وحراماً[4].

وإذا[5] زوج الصبي أب أو وصي امرأة؛ حرمت بالعقد على آبائه وأبنائه.

قال يحيى بن سعيد: لا ينكح الرجل بنت ابن زوجته، أو بنت ابنتها من غيره، ولا شيئاً[6] من بنات أولادهما[7].

قال ابن حبيب: من قول مالك: إنه يجوز[8] لابنك نكاحُ ابنةِ زوجتِك من غيرك؛ كانت زوجتك حينئذ في عصمتك أم لا.

قال أبو بكر: وكذلك تزوج ابنتك لابن زوجتك من غيرك.

قال ابن حبيب: ولا بأس أن تنكح أخت أخيك مثل[9] أخيك[10] لأبيك له أخت لأمه، أو أخيك لأمك له[11] أخت للأب[12].

---

(1) قوله: (عليه) ساقط من (ف2).

(2) قوله: (معا) زيادة من (ف2).

(3) في (ف1): (فسخا).

(4) انظر: المدونة: 4/ 53.

عياض: قال بعض الشيوخ: معناها أنه لم يسم لهما صداقا، ولو سمى لكان نكاح الابنة جائزا.

وقال غيره: بل إنما جمعت الحلال والحرام عنده؛ لأنه سمى صداقيهما، وإلا فأي حلال كان يكون فيها، انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 877 و878.

(5) في (ف1) و(ق): (وإن).

(6) في (ف1): (أحداً).

(7) انظر: المدونة: 4/ 71.

(8) في (م): (لا يجوز).

(9) قوله: (أخيك مثل) ساقط من (ف1).

(10) زاد بعده من(ف1) قوله: (مثل أخيك).

(11) قوله: (أخيك لأمك له) يقابله في (ق): (أختك لأمك لها).

(12) في (ف1) و(ف2): (لأب).

قال ابن المواز: ويجوز أن ينكح ما نكح أبو زوجته، أو ابنها من النساء.

قال مالك: ولا تنكح ما نكح أبوك أو ابنك من الرضاعة[1]، ولا ما نكح جدك لأمك أو لأبيك[2].

تم كتاب النكاح الثالث[3] بحمد الله وحسن[4] عونه

يتلوه إن شاء الله اختصار كتاب الرضاع[5] [(م: 121/أ)]



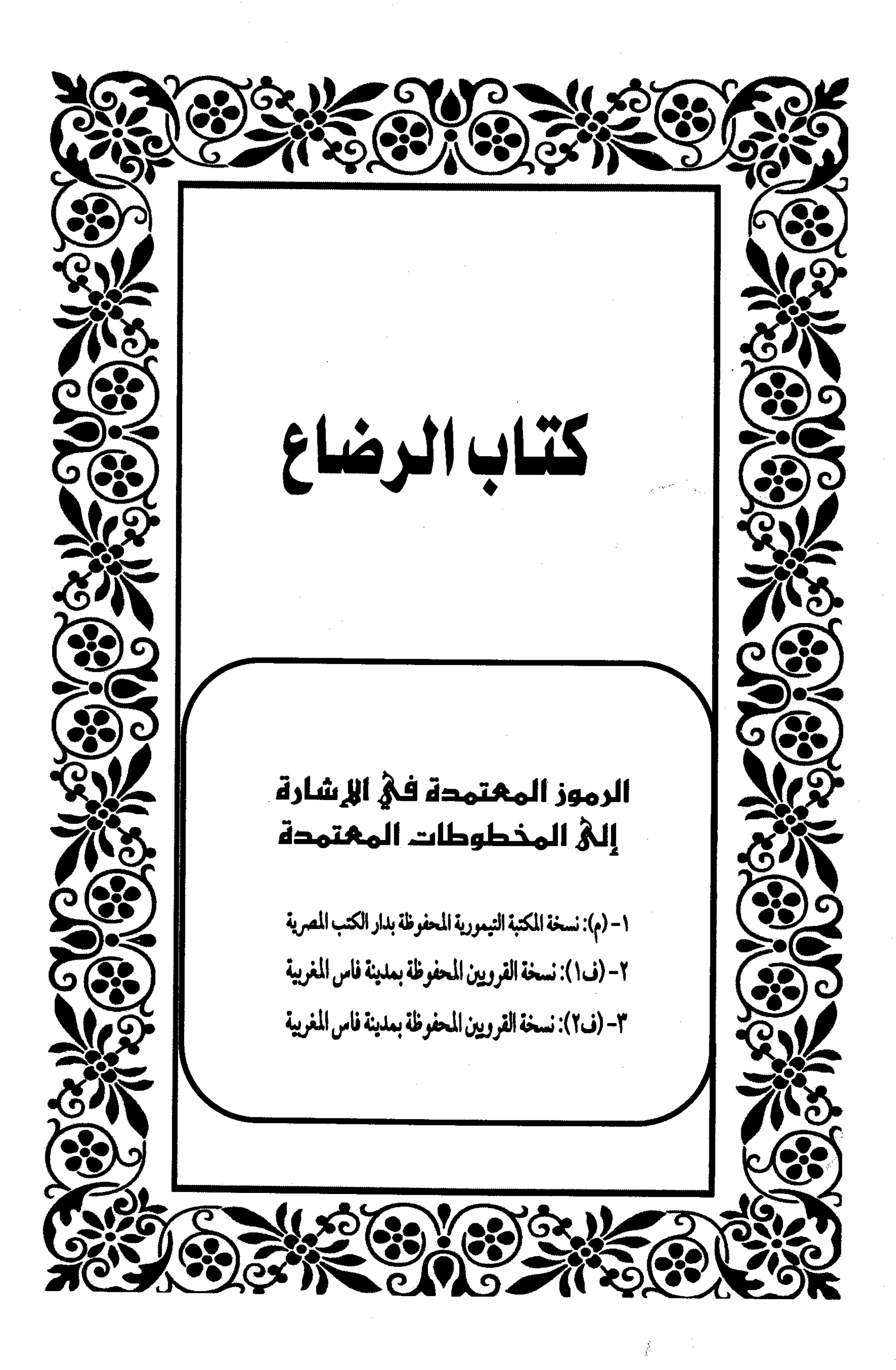
(1) في (ف1) و(ف2) و(ق): (الرضاع).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 4/509.

(3) قوله: (الثالث) زيادة من (ف2).

(4) قوله: (حسن) ساقط من (ف2).

(5) قوله: (يتلوه إن شاء الله اختصار كتاب الرضاع) ساقط من (ف2).



كتاب الرضاع

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١- (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية

٢- (ف١): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٣- (ف٢): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية



كتاب الرضاع[1]

جامع ما يحل و[2] يحرم بالرضاع ولبن الفحل

قال الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [سورة النساء آية: 23]، وقال الرسول ﷺ: «**يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة**»[3].

وسقط حديث: «**خمس رضاعات**»؛ لأن عائشة التي روته خالفته، واختلفت الرواية[4] عنها في عدد الرضعات، وقد أخذتْ هي بعد الرسول ﷺ بأكثر من خمس رضعات، ولأنها أحالته على القرآن، فلما لم يؤخذ القرآن بأخبار الآحاد، بطل استعمال هذا الحديث؛ إذ لا يكون قرآن مختلف[5] فيه، ولم يجتمع[6] على العمل به فيؤخذ بإجماع.

وحديث ابن الزبير: «**لا يحرم[7] المصة ولا المصتان**» ورويَ[8] من طريق صحيح عن ابن الزبير عن عائشة فعلم أنه مستخرج من حديث «**خمس رضعات**»، وما رويَ عنها من توقيت ذلك من الاضطراب، فسقط التوقيت بما ذكرنا.

وقد رويَ للرسول ﷺ: «**أن المصة والمصتين تحرم**»[9]، وقال: «**لا رضاع**

---

(1) عياض: يقال: الرَّضَاعُ والرِّضَاع والرَّضَاعة والرِّضَاعَة. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 923.

(2) قوله: (يحل و) زيادة من (ف2).

(3) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/935، في باب الشهادة على الأنساب والرضاع...، من كتاب الشهادات، برقم: (2503)، ومسلم: 2/1071، في باب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة، من كتاب الرضاع، برقم: (1444)، وأخرجه مالك: 2/607، في باب جامع ما جاء في الرضاعة، من كتاب الرضاع، برقم: (1268)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

(4) في (م): (الروايات).

(5) في (ف1): (لمختلف).

(6) في (م): (يجمع).

(7) في (ف2): (تحرم).

(8) في (ف2): (روي).

(9) في (م): (يحرم).

بعد فطام».

وحرم بلبن الفحل، فقليل الرضاع وكثيره يحرم، ولو مصة واحدة في الحولين بين الأحرار والمالك في إسلام أو كفر، ولا يحرم رضاع الكبير.

قال مالك: إلا ما قارب الحولين ولم يفصل بمثل[1] شهر وشهرين[2]، وفي رواية أخرى[3]، وما زاد على الحولين بشهر ونحوه[4]، لقول الله ﷻ: ﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [سورة البقرة آية: 233] هذه رواية عبد الملك، وروى ابن عبد الحكم في المختصر: وما زاد على الحولين بالأيام اليسيرة[5].

ورويَ عن أزواج النبي ﷺ أن رضاعة سالم خاص فيه، فأما لو فُصل في الحولين، أو بعد حول حتى استغنى بالطعام، لم يحرم ما رضع[6] بعد ذلك، ولو فصل بعد الحولين بيسير أو قبل الحولين، فأرضع بعد فصاله بيوم أو يومين لحرم؛ إذ لم يستغن بالطعام، إلا أن يقيم أياماً يتسغني فيها بالطعام معاشاً له؛ فلا يحرم.

وكل ما وصل إلى جوفه وإن[7] قطرة؛ تحرم.

والوَجُور يحرم، وأما السَعُوط[8]: فإنه إن وصل إلى جوفه؛ فإنه يحرم.

---

(1) في (م): (بين)

(2) في (ف2): (أوشهرين)، وانظر المسألة في: المدونة: 4/279.

(3) قوله: (أخرى) ساقط من (ف1).

(4) عياض: قوله: (لأن مالكا قد رأى الشهر والشهرين بعد الحولين رضاعا). كذا عند ابن عيسى وعند ابن عتاب: ما بعد الشهر والشهرين بعد الحولين، والمختصرون كلهم والشارحون إنما نقلوه على الرواية الأولى.

ولعل تقويم هذه الثانية: رأى ما بعْدُ - بضم الدال - ويكون: الشهر والشهرين بعد الحولين تفسيرا لـ(ما) بعدُ المتقدم، وبدلا منه أو مفعولا لـ(رأى). اهـ

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 929.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 5/75.

(6) في (ف2): (أرضع).

(7) في (م): (ولو).

(8) عياض: والْوَجُورُ والسَّعُوط - بالفتح - فالوجور ما يدخل في وسط الفم، وقيل: ما صب في الحلق، يقال في فعله: وجر وأوجر، والسعوط: ما نُشق في الأنف. اهـ

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 923.

قال عطاء الخراساني: لا يحرم السَعُوط ولا الكحل باللبن[1]، ورويَ مثله[2] عن ابن عباس[3].

قال[4] [(م: 121/ب)] ابن حبيب: يحرم بالسعوط[5] والحقنة وذكره عن الشعبي، وقال: إن أميع كحل في لبن وكحل به الصبي، فما كان دواء ينفذ مثل المر والصبر والعنزروة[6] وشبهه فيحرم، وإن كان مما يبرد[7] في العين لم يحرم، وإن حقن بلبن فوصل إلى جوفه حتى يكون غذاءً له[8] حرم[9]، وإلا فلا يحرم[10][11].

ولا يحرم لبن البهيمة، ولا لبن يمزج[12] بطعام يغيب فيه، يكون الطعام الغالب عليه[13].

---

(1) انظر: منتخب الأحكام: 769.

(2) قوله: (مثله) ساقط من (ف1).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 5/74.

(4) في (ف2): (وقال).

(5) في (ف2): (السعوط).

(6) في (م): (والعنذروت).

(7) في (م): (يرد). والمثبت موافق لما في المنتخب.

(8) قوله: (له) ساقط من (ف2).

(9) عياض: وقوله في الحقنة: (وأرى إن كان له غذاء)؛ يعني اللبن الذي في الحقنة، وهذا على أنه غير مستهلك في الدواء. فإن كان الدواء غالبا عليه فعلى مذهَبِ المدونة لا يحرم؛ كقوله: (في الطعام المطبوخ باللبن)، ولأنه إذا كان كذلك وغلب عليه الدواء لم يغذ ولا كان له حكم. وقد فسر ابن المَوَّاز معنى التغذية بأنه لو منع الطعام ولم يصل منه شيء إلى جوفه إلا من جهة الحقنة كان له غذاء، فيكون له -حينئذ- ما ويصل إليه من الحقنة من اللبن وإن قل يُحَرِّمُ، وإن كان عند ابن حبيب قد أطلق التحريم، وعند أبي عبيد عن مالك أطلق أنه لا يحرم. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 923 و924.

(10) في (م): (فيحرم).

(11) انظر: منتخب الأحكام: 2/769.

(12) في (ف2): (مزج).

(13) عياض: وقوله: (لو أن لبنا صُنِع به طعام).

كذا لابن عتاب بالنون والعين المُهمَلَة، ولابن عيسى: صُبِغ، بالياء والغين المعجمة.

=

أو طبخ بعد، أن[1] مزج على نار حتى غاب[2] اللبن فيه، أو صب عليه ما غمره وغيبه من الماء، أو كان في دواء يغذاه الصبي، أو يشربه؛ لم يحرم[3].

وقال مطرف وابن الماجشون: إنه يحرم، وإن غلب عليه ما مزج به[4].

ويحرم ما يحلب من المرأة الميتة[5]، أو ما يحلب قبل موتها فأوجر به صبي، ويحنث بشربه من حلف ألا يشرب لبناً.

وكذلك يحنث بشرب لبن شاة ميتة، أو بلبن[6] قد[7] وقعت فيه فأرة ميتة[8]، وإذا

=

وانظر قوله: (في اللبن يخلط بالطعام أو بالدواء حتى يغيب فيه: إنه لا يحرم؛ لأن هذا اللبن قد ذهب، وليس في الذي أكل أو شرب بلبن يكون فيه عيش للصبي ولا يحرم)، فقد رد الأمر فيما يحرم من اللبن إلى التغذية، كما نص عليه في مسألة الحقنة، ولم يراع غيرُه في كتاب ابن حبيب هذا، وإنما راعوا وصوله إلى الجوف، وهو الذي رجح أبو محمد السوسي وأبو الحسن اللخميّ وغيرهما إذا كان خلطه بطعام أو دواء يغذي؛ لأن لذلك القليل وإن لم يظهر حظه من التغذية، كما لو جمعت نقطة من ماء وأخرى من عسل، وأخرى من لبن وأخرى من سمن ومن نبيذ وزيت وعصير وغير ذلك، وكذلك من مطعومات مختلفة، وخلطت حتى لميتميز منها شيء في جملتها، وغلب على كل نقطة منها مجموع سواها، لم يبطل حكم التغذية خلطها وغلبة بعضها على بعض؛ إذ لكل نقطة منها حظها من التغذية، ولا يبطل ذلك أنها الأيسر؛ لغلبة البقية عليها، بخلاف الأدوية غير المغذية إذا غلبت على اللبن، فإنها بكثرتها وغلبتها عليه أبطل فعلُها في الدواء فعلَ ذلك القليل في التغذية، وقد تقدم الكلام لو كان الخلط بلبن آخر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 940 و941.

(1) في (م): (لو).

(2) في (م): (غالب) والمثبت موافق لما في المدونة.

(3) انظر: المدونة: 4/291.

(4) في (ف1): (معه)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 5/74.

(5) عياض: قوله في (لبن المرأة الميتة: إنه حرام)، وشبهه بلبن الشاة الميتة وبما وقعت فيه فأرة يدل على نجاسة ابن آدم بالموت، خلاف ما دل عليه ما له في كتاب الجنائز، فيخرج القولان من الكتاب، وقد تكلمنا عليهافي الكتاب هناك. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 933 و934.

(6) في (ف1): (لبن).

(7) قوله: (قد) زيادة من (ف2).

(8) قوله: (ميتة) زيادة من (ف2).

درت[1] بكر أو يائسة من المحيض فأرضعت صبياً حرم بذلك، ولا يحرم بها در لرجل من لبن؛ لأن الله سبحانه إنما ذكر بنات آدم[2][3].

وكره مالك: استرضاع الفاجرة، ولم يره حراماً، وكره مالك[4] رضاع الكوافر[5] وأن يتخذن ظُؤُورة[6] لما يتغذين به أو يغذين[7] الولد[8].

وإن[9] أرضعت ذات زوج صبياً وهي مرضعة أو بعد فصال ولدها فالصبي ابن للزوج، وكذلك لو درت عليه وليست بمرضع أو كانت حاملاً[10].

وما ذكر في الحديث من الغِيلة[11]، ....

---

(1) في (ف1): (أدرت).

(2) انظر: المدونة: 4/283 ،ومابعدها.

(3) عياض: وذكر بعض أهل اللغة أنه لا يقال في بنات آدم: لَبَن، وإنما يقال فيه: لِبان، واللَّبَن لسائر الحيوان غيرهن، وجاء في الحديث كثيراً خلاف قولهم. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 923.

(4) قوله: (مالك) زيادة من (ف2).

(5) عياض: وقوله في كراهة إرضاع الكوافر: (إنما غذاء الصبي بما يأكلن ويشربن وهي تأكل الخنزير وتشرب الخمر، فلا آمنها أن تذهب به إلى بيتها فتطعمه ذلك) كذا لابن عيسى. وعند ابن عتاب: غذاء اللبن مما يأكلن ويشربن؛ فظاهره أن العلة نجاسة لبنها والخوف أن تطعم الصبي وتسقيه ما لا يحل. وعلى هاتين العلتين اختصرها الشيخ أبو محمد وبعضهم، فقال: لِمَا يتغذين به أو يُغذين به الولد. ونبه بعض الشيوخ على ما ذكرناه من هذا بأن له قولةً له في الكتاب في نجاسة عرق السكران وعرق الجلالة. واختصر المسألة ابن أبي زمنين على العلة الواحدة، فقال: لأنهن يشربن الخمر ويأكلن الخنزير، فأخاف أن يطعم الصبي ذلك، وهذا في لفظه بنصه أول الباب في الكتاب، ولم يعرج على اللفظ الآخر الذي ذكرناه. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 941 و942.

(6) في (ف2): (ظؤرة).

(7) في (م): (يتغذين به).

(8) انظر: المدونة: 4/292.

(9) في (م): (فإن).

(10) انظر: المدونة: 4/276 و277.

(11) عياض: والغِيلة -بكسر الغين المعجمة- اسم من الغيل وهو إرضاع المرأة ولدها وزوجها يطؤها، والخلاف في معناه مفسر في الأم، ولا تفتح الغين إلا مع حذف الهاء، وأصله من الضرر، وقيل: من

فهو[1] وطء المرضع، والماء[2] يغيل اللبن، ولا يكره ذلك إذ لم ينهَ عنه رسول الله ﷺ[3].

وإن تزوجت المرضع[4] المطلقة فحملت، ثم أرضعت صبياً؛ فإنه ابن للزوج الأول والثاني، إن لم ينقطع لبن الأول.

وإذا تزوج[5] صبية، فأرضعتها أمه أو جدته أو أخته، أو بنت أخته، أو بنت أخيه، أو امرأة أخيه، أو ابنته[6]، أو ابنة ابنه[7]، وقعت الحرمة بذلك[8]، ولا صداق للصبية على الزوج، ولا على التي أرضعتها؛ وإن تعمدت، ولكن تؤدب المتعمدة[9].

وكل ما فُسِخ من نكاح من حرم[10] بالرضاع بعد البناء، فلها المسمى[11].

الزيادة، وقد رواه بعض شيوخنا في غير المدونة بفتح الغين، وكذلك قيده عبد الحق عن الأجدابي في المدونة. وحكى بعض أهل اللغة الوجهين في الرضاع، وفي القتل الكسرَ لا غير. وقال بعضهم: لا يصح الفتح في الرضاع إلا مع حذف الهاء؛ يقال: غيلة وغيل وغيال، ويقال: أغال الرجل ولده إغالة، واغتيالا. وقال بعضهم: الغَيلة: المرة الواحدة، بالفتح. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 927 و928.

وقال الجبيُّ: الغِيَلة: رضاع الصبي أمه، ووقوع وطئه إياها في زمان الرضاع، وأصل الأغيال تكثير اللبن، أغيل الرجل لبن امرأته أي كثره بوطئه إياها وهي ذات لبن.

انظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، ص: 92

(1) في (ف2): (هو).

(2) في (ف2): (وإنما).

(3) انظر: المدونة: 4/278.

(4) في (ف2): (المرضعة).

(5) في (م): (تزوجت).

(6) في (م): (وابنته).

(7) في (ف2): (ابنته).

(8) عياض: وقوله (فيمن تزوج صبية أرضعتها أمه أو أخته، وذكر زوجة أخيه أنه يفرق بينهما).

ومعناه: وقد دخل بها أخوه، ولم يفارقها أو فارقها وبقي حكم لبنه لميقطعه لبن غيره. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 939 و940.

(9) انظر: المدونة: 4/290.

(10) في (م): (يحرم).

(11) انظر: المدونة: 4/290 و291.

ومن تزوج امرأة ورضيعتين في عقدة، وسمى لكل واحدة صداقاً، أو في عقد مفترقه، فأرضعت الكبيرة إحداهما قبل بنائه بالكبيرة، وهي في عصمته، أو بعد أن فارقها؛ حرمت الكبيرة للأبد، وثبت على الصغيرتين، وإن كان بعد أن بنى بالكبيرة؛ حرمت الكبيرة والمرضَعة[1] من الصغيرتين، ولا صداق للصغيرة، وإن عمدت[2] الكبيرة[3] الفساد، وللكبيرة الصداق بالمسيس[4].

وإن تزوج صغيرة بعد صغيرة فأرضعتهما أجنبية؛ فليختر[5] واحدة ويفارق الأخرى، وكذلك لو كن أربعاً فأرضعتهن، وله أن يختار أولاهن[6] رضاعاً أو آخرتهن أو ما شاء[7]، ويفارق البواقي، ولا أفسد عقدة جميعهن كما أفسد عقد[8] متزوج الأختين في عقدة؛ لفساد [(م: 122/أ)] العقد فيهما[9] وصحته في هاتين، ولا يحرم عليه شيء برضاع أولاهن[10] حتى ترضع[11] الثانية فتختار[12] إحداهما، فإن اختار ثم أرضعت ثالثة اختار أيضاً، وكذلك رابعة[13].

وقد ذكرنا القول في وطء أخت الرضاع بالملك في الحدود.

---

(1) في (ف2): (والمرضوعة).

(2) في (ف2): (تعمدت).

(3) في (م): (الكبير).

(4) انظر: المدونة: 4/289 و290.

(5) في (م): (فليتخذ).

(6) في (م): (أولتهن).

(7) قوله: (ما شاء) يقابله في (ف1): (من شاء).

(8) في (ف2): (عقدة).

(9) في (م): (فيها).

(10) في (م): (أولتهن).

(11) في (م): (يرضع).

(12) في (ف2): (فيختار).

(13) انظر: المدونة: 4/288 و289.

واعرف[1] أن[2] ابن القاسم: لا يرى لمن اختار فراقها[3] من الأربعة صداقاً[4].

وقال ابن المواز: لكل واحدة ثمن صداقها[5].

وقال ابن حبيب: لكل واحدة نصف صداقها، وكذلك عنده[6] المجوسي يسلم عن خمس[7] عشر[8] فيختار أربعة، ولم يَبِنْ بمن[9] فارق[10].

ما يقع به التحريم من شهادة أو إقرار في رضاع أو نكاح ذوات المحارم

وقد حض النبي ﷺ على اجتناب الشبهات، وقد ألحق الرسول ﷺ[11] الولد بزمعة لفراشه، وأمر سودة بنت زمعة أن تحتجب منه لما رأى من شبهه بعتبة مدعيه[12].

وهذا معنى[13] توقي الشبهات، والله أعلم.

---

(1) في (ف2): (واعرف).

(2) قوله: (أن) ساقط من (م).

(3) في (ف2): (فراقه).

(4) قوله: (الأربعة صداقاً) يقابله في (م): (الأربعة صداقها)، وفي (ف1): (الأربع صداق).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 5/80.

(6) في (م): (عقدة)، والمثبت أقرب لما في النوادر.

(7) قوله: (خمس) زيادة من (ف2).

(8) في (ف2): (عشرة).

(9) في (م): (ثم).

(10) قوله: (فيختار أربعة ولم يبين ثم فارق) يقابله في (ف2): (أنه يحبس... ويفارق سائرهن ويعطي كل واحدة...)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 5/80.

(11) قوله: (الرسول ﷺ) زيادة من (ف2).

(12) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/724، في باب تفسير المشبهات، من كتاب البيوع، برقم: 1948، ومسلم: 2/1080، في باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، من كتاب الرضاع، برقم: 1457، ومالك: 2/739، في باب القضاء بالحاق الولد بأبيه، من كتاب الأقضية، برقم: 1418.

(13) في (ف1) و(ف2): (من).

قال ابن القاسم: فإن قالت امرأة عدلة: كنت أرضعت فلاناً وزوجته، لم أقض بفراقهما، ولو عرف ذلك من قولها قبل النكاح، أمرته بالتنزه عنها[1]، إن وثق بقول المرأة بغير قضاء[2].

وإن شهد به امرأتان بعد العقدة، وهما أم الزوجة وأم الزوج أو أجنبيتان، لم أقض بالفراق، إلا أن يفشو ذلك من قولهما قبل النكاح عند الجيران، والمعارف فأقضي بالفراق[3].

وذكر ابن حبيب عن ابن الماجشون وغيره: إنه يقضى بالفراق، وإن لم يكن قولهما فاشياً[4].

قال ابن القاسم: وإذا قالت امرأة لرجل: أرضعتك مع ابنتي لم ينبغ له نكاح الابنة، فإن فعل؛ أمرته بالفراق احتياطاً، ولا أقضي عليه[5].

قال محمد: بل[6] بالقضاء.

وقال[7] ابن القاسم في كتاب النكاح: إذا لم تزل الأم تقول ذلك، فلما كبرت الابنة أراد نكاحها. قال مالك: فلا يتزوجها[8].

---

(1) عياض: وقوله في القائلة: (إنها أرضعت رجلا وامرأته: لا يفرق بينهما، ويقال للزوج: تنزه عنها). أمره - هنا - بالتنزه عنها، ولم يشترط الفشو وهو خلاف ظاهر ما له في النكاح الثاني، وقد تقدم الكلام عليه هناك.
وكذلك الكلام على شهادة الأم وتأويل أكثرهم أنه فراق بغير إجبار ولا قضاء، ويبينه قوله في الكتاب إثر المسألة: (وليس قول المرأة: هذا أخي والرجل: هذه أختي، كقول الأجنبي). اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 934 و935.

(2) انظر: المدونة: 4/285.

(3) انظر: المدونة: 4/285 و286.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 5/84.

(5) انظر: المدونة: 4/286.

(6) قوله: (بل) ساقط من (م).

(7) في (ف2): (قال).

(8) انظر: المدونة: 4/7.

قال[1]: فإن قالت الأم لرجل: أرضعتك مع ابنتي[2]، ثم قالت: كنت كاذبة أو معتذرة قال: فلا[3] ينبغي له أن يتزوجها، ولا يقبل ذلك[4].

ولو قال الأب: أرضع فلان أو فلانة مع ابنتي أو مع ابني والابن صغير[5] ثم قال: أردت اعتذاراً؛ فلا يقبل ذلك، وإن تناكحا فرق السلطان بينهما.

قال محمد: وكذلك الأم كالأب في هذا[6].

قال[7] ابن القاسم: وكذلك لو أقر أحد الزوجين أن الآخر أخوه من الرضاعة قبل أن يتناكحا، لفسخ نكاحهما إذا قامت[8] على ألفاظ من ذكرنا بينة[9].

ومن التخيير[10] قال مالك: وإن قال المخطوب إليه للخاطب [(م: 122/ب)] هي رضيعتك، ثم قال: كنت كاذباً فلا أرى أن يتزوجها[11].

ومن قال منهم: كنت كاذباً أو معتذراً؛ لم يصدق.

---

(1) في (م): (والابن صغير).

(2) عياض: وقوله في المسألة التي قبلها: (إذا قالت أم المرأة: قد أرضعتكما). وكذا روايتنا فيها عن القاضي أبي عبد الله فينهى عنها وعلى وجه الاتقاء لا على وجه التحريم، ولا يفرق القاضي بينهما، وروايتنا فيها عن الفقيه أبي محمد: إذا قالت امرأة مكان أم المرأة، وهذا كله خلاف تأويل ابن حبيب ومحمد أنه يقضى، وقد غلط فضل هذا التأويل. وقيل: هذا خلاف. وقيل: لعلها عندهما عاقدة النكاح بوصية، فكانت كالأب.

وقيل: سواء فيها الوصية وغيرها، بخلاف الأب، وقد جاء في التمليك والتخيير في الذي قال للخاطب: (هي أختك، ثم قال: ما كنت إلا كاذبا: أن لا يتزوجها).اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 935، وما بعدها.

(3) قوله: (فلا) ساقط من (م).

(4) انظر: المدونة: 4/287.

(5) قوله: (والابن صغير) ساقط من (ف1).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 5/83.

(7) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(8) في (ف2): (قام).

(9) انظر: المدونة: 4/286.

(10) في (ف1): (المختصر).

(11) انظر: المدونة: 4/262.

ومن الثاني من النكاح: وإن قال الأب[1] لابنه: لا تطأ أمتك فإني وطئتها، أو قال له ذلك في أمة ابتاعها أو امرأة تزوجها، فقال له: قد[2] كنت نكحتها، فلا يقبل قوله، إلا أن يكون ذلك من قوله فاشياً قبل الشراء أو النكاح، وأحب إلي أن يتنزه عنها بغير قضاء[3].

في رضاع الولد
وفي أجر الرضاع في الطلاق وغيره

قال الله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [سورة البقرة آية: 233]، وقال في المطلقات: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ إلى قوله: ﴿فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [سورة الطلاق آية: 6].

قال ابن القاسم: فتجبر المرأة ذات الزوج على رضاع ولدها بلا أجر، إلا التي مثلها لا ترضع؛ لشرفها فذلك على الزوج، وكذلك في مرض الزوجة التي مثلها ترضع[4]، أو في انقطاع درها.

فإن[5] مات الأب وللصبي مال؛ فلها ألا ترضعه، إلا ألا يقبل غيرها، فتجبر على[6] أن ترضعه، وأجرها[7] من ماله، وإن لم يكن له مال لزمها ذلك، بخلاف النفقة التي لا يقضى بها عليها، ولكن يستحب[8] لها[9].

وقال مالك في غير المدونة: وإذا لم يكن لليتيم مال، وليس للأم لبن، أو لها لبن لا

---

(1) في (ف2): (أب).

(2) في (م): (لقد).

(3) انظر: المدونة: 4/7.

(4) في (م): (يرضع).

(5) في (ف2): (وإن).

(6) قوله: (على) ساقط من (ف2).

(7) في (ف2): (بأجرها).

(8) في (م): (يستحبه).

(9) انظر: المدونة: 4/292، وما بعدها.

يكفيه؛ فعليها رضاعه في مالها، بخلاف النفقة[1].

قال: والرضاع عليها إن طلقها طلاقاً فيه رجعة ما لم تنقض[2] العدة، فإن انقضت أو كان الطلاق بتاتاً، ولم تنقض العدة أو انقضت فعلى الأب أجر الرضاع، والأم أولى بذلك، إلا أن يجد الأب بدون ما سألت فذلك له، إلا أن ترضى الأم بما وجد فهي أحق، فإن لم ترض ولم يقبل الولد غيرها، وخيف عليه الموت؛ فلها[3] رضاعه بأجر مثلها، وإن أبت؛ جبرت على ذلك.

وإن كان الأب ليس بالواجد لا يقوى[4] إلا على دون الأجر[5] وأصاب من ترضع[6] بدون ذلك، فالأم إما أرضعته[7] بذلك أو أسلمته[8] إن قبل غيرها، وإن كان الأب عديماً لا يجد شيئاً، ووجد من قرابته من يرضعه[9] باطلاً، فله ذلك[10] إلا أن ترضعه الأم باطلاً، وإن كان الأب موسراً، ووجد من يرضعه باطلاً؛ فليس ذلك له، وللأم أن ترضعه بمثل ما ترضعه به غيرها[11].

قال[12] محمد: وإن وجد ملي من يرضعه باطلاً أو بدون[13] الأجرة، فللأم أخذه بجميع الأجرة[14]، وهذا الذي أختار[15] من قول مالك.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 5/52.
(2) في (م): (ينقض).
(3) في (ف2): (فعليها).
(4) في (م): (لا يقو).
(5) في (ف1): (الأجرة).
(6) في (م): (يرضع).
(7) قوله: (فالأم إما أرضعته) يقابله في (ف2): (فللأم أن ترضعه).
(8) في (ف2): (تسلمه).
(9) في (ت، ق1): (يرضع).
(10) قوله: (فله ذلك) يقابله في (ف2): (فذلك له).
(11) انظر: المدونة: 4/294، وما بعدها.
(12) قوله: (قال) ساقط من (ف2).
(13) في (ت، ق1): (وبدون).
(14) في (ف2): (الأجر). وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 5/53.
(15) في (م): (أختاره).

ورويَ عنه أنها لا تأخذه إلا بما وجد، والأول أحب إلي[1]، وقد قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [سورة الطلاق آية: 6][2]. [(م: 123/أ)]

جامع حضانة الولد والنفقة عليه

ورويَ أن الرسول ﷺ قضى للأم بالحضانة على الأب، وقضى به أبو بكر وعمر رضي الله عنهما ما لم تنكح الأم.

وقضى[3] أبو بكر على عمر أن أم الأم إذا نُكحت الأم أحق منه بحضانة الولد[4][5]، فكانت كل من هي أقرب رحماً بالأم من النساء فذلك لها بعد الأم.

قال ابن القاسم في كتاب الرجعة والخلع: والأم[6] أحق بحضانة الولد في الوفاة والطلاق[7]، فإن ماتت أو نُكحت فالحضانة للأقرب منها من ذوي رحمها، فالجدة للأم أحق وإن بعدت بعد الأم، ثم الخالة، ثم الجدة للأب، ثم الأب، والأب أولى من الأخوات والعمات ومن بنات الأخ.

محمد: وخالة الخالة كالخالة[8].

والأخت أولى من العمة، والعمة أولى ممن هي أبعد منها، والعمة أولى من ابنة الأخ وابنة[9] الأخ أولى من الأخ، والأخ أولى من الجد، وهؤلاء أولى من العصبة، وهم الأولياء ومن هؤلاء الأولياء[10]: الجد والأخ وابن الأخ والعم وابن العم، ومولى

(1) قوله: (أحب إلي) يقابله في (ف2): (أحسن).
(2) انظر: النوادر والزيادات: 5/53.
(3) في (م): (قضاء).
(4) انظر: المدونة: 4/201.
(5) في (ف2): (ولده).
(6) في (ف2): (فالأم).
(7) انظر: النوادر والزيادات: 5/63.
(8) انظر: النوادر والزيادات: 5/59.
(9) في (ف1): (بنت).
(10) في (ف1): (الأولياء).

النعمة والمنعم عليه، وليس من يسلم على يديه بولي.

ولأم[1] الولد، تعتق ما للحرة من الحضانة[2].

وكذلك الأمة، تطلق وقد عتق ولدها، فهي أحق إلا أن تباع فيظعن بها، فللأب أخذ ولده.

وكل من خرج من بلده متنقلاً[3] لسكنى[4] بلد آخر غير بلد الأم، من أب أو أحد من أولياء الولد الذين ذكرنا، فله الرحلة بالولد إذا كان الولد معه في كفاية، كان بيد أم أو غيرها وإن لم تُنكح ويقال لها: اتبعي[5] الولد إن شئت أو دعيه.

وأما[6] من خرج من الأولياء لسفر لغير سكنى، فليس له الرحلة بالولد[7]، وليس الأب المملوك كالحر في انتقاله إلى بلد، والأم أحق بهم، كانت أمة أو حرة؛ لأن العبد لا قرار له ولا مسكن، وإنما يظعن به.

قال: وليس للأم، ولا لمن دونها الرحلة بالولد من بلد أبيه، وأوليائه[8] لوطن أو غيره، إلا لما قرب كالبريد ونحوه، ثم لها المقام بهم هناك إن كانوا في كفاية[9].

ولو حضرت الخالة، وكانت أم الأم ببلد ناءٍ؛ كانت الخالة أحق به[10].

وللذمية أو المجوسية يسلم زوجها من الحضانة ما للمسلمة، إن كانت في حرز، وتمنع من أن تغذيهم بخمر أو خنزير، وإن خيف أن تفعل[11] ذلك بهم؛ ضمت إلى

---

(1) في (م) و(ف1): (لأم).

(2) انظر: تهذيب البراذعي: 2/402.

(3) في (ف2): (منتقلا).

(4) في (م): (لسكنا).

(5) في (م): (اتبع).

(6) في (ف1): (فأما).

(7) انظر: المدونة: 4/195.

(8) في (ف2): (أو أوليائه).

(9) انظر: المدونة: 4/195.

(10) قوله: (به) زيادة من (ف1)، وانظر المسألة في: المدونة: 4/195.

(11) في (م): (فعل).

ناس من المسلمين، ولا ينزعوا منها إلا أن تبلغ الجارية ويخاف عليها، فتنزع إلا أن تكون عندها في حرز.

ولا ينزع الولد من الأم، وإن تزوجت حتى يدخل بها[1]، وإن كان رضيعاً، ثم ليس لها أخذه إن طلقت، وأمها أحق به إن لم تكن ذات زوج، أو كان زوجها جد الصبيان[2].

وعلى الأب نفقة الولد ما بقوا في الحضانة [(م: 123/ب)] ،ويسكنهم، ويخدمهم إن أطاق، ولحاضنتهم قبض نفقتهم منه.

والحد في الحضانة الحُلُم للغلام، وليس كذلك للجارية[3] وإن حاضت، إذا كانت في حرز وتحصين حتى تُنكح ويُدخل بها، وإن أقامت أربعين سنة.

قال مالك: إذا بلغت الجارية النكاح، فإن كانت الأم في حرز وتحصين فهي أحق بها أبداً ما لم تُنكح ويُدخل بها، فإن لم تكن الأم في حرز وتحصين من موضعها، أو كانت غير مرضية في نفسها؛ فللأب أخذها منها، وكذلك للأولياء أخذ الولد بذلك، إذا أخذ إلى ما فيه[4] أمانة وتحصين[5].

وكل من له الحضانة من أب، أو ذات رحم، أو عصبة ليس له كفاية، ولا موضعه بحرز، ولا يؤمن في نفسه، فلا حضانة له، والحضانة لمن فيه ذلك، وإن بعد.

وينظر للولد فرب والد يُضّيع ولده، ويدخل عليهم رجالاً يشربون فينزعون منه، وللأب تعاهد الولد عند أمهم، وأدبهم، وبعثهم إلى المكتب[6]، ولا يبيتوا إلا عند الحاضنة[7]، وحكم التفرقة في البيع بين الولد وأمه مذكور في البيوع.

---

(1) قوله: (بها) زيادة من (ف2).

(2) قوله: (جد الصبيان) يقابله في (ف1): (جدا للصبيان)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 59/5.

(3) في (ف1): (الجارية).

(4) قوله: (ما فيه) ساقط من (ف2).

(5) انظر: المدونة: 193/4.

(6) قوله: (إلى المكتب) يقابله في (ف2): (للمكتب).

(7) في (م): (الحضانة)، وانظر المسألة في: المدونة: 192/4.

جامع من تلزم[1] الرجل النفقة عليه
من كتاب الخلع[2]

قال الله تبارك وتعالى في النفقة على المطلقات من أجل الولد: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [سورة الطلاق آية: 6]، فهذا إيجاب نفقة الولد.

وقال الله تعالى في النفقة على الزوجات في العصمة وما أوجب عليهن من الرضاع[3]: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ إلى قوله: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة آية: 233]، وقوله: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [سورة البقرة آية: 233] معطوف على قوله: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [سورة البقرة آية: 233] وذلك أولى في اللسان من أن يكون[4] معطوفاً على ذكر النفقة على الزوجات.

وقال سبحانه في الزوجات: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [سورة الطلاق آية: 7].

من[5] الخلع قال ربيعة: والنفقة على الأبوين الفقيرين فيما رآه[6] المسلمون بقول الله سبحانه: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ [سورة البقرة آية: 83][7].

قال ابن القاسم: وتلزم الرجل النفقة على زوجته، وخادم واحدة من خدمها كانت ملية أو معدمة، وعلى أبويه الفقيرين وإن كانا مشركين، وعلى ولده الذين لا مال لهم ولا مكتسب لهم يغنيهم وذلك إلى أن يحتلم[8] الغلام، وتُنكح الجارية ويدخل بها.

---

(1) في (ف2): (يلزم).
(2) قوله: (من كتاب الخلع) ساقط من (ف1).
(3) في (ف1): (الرضاعة).
(4) في (م): (تكون).
(5) في (ف1): (ومن).
(6) قوله: (فيما رآه) يقابله في (م): (مما رواه).
(7) انظر: المدونة: 207/4.
(8) في (م): (يحتمل).

وإن طلقت قبل البناء فهي في نفقته، وإن طلقها الزوج أو مات بعد البناء، والبلوغ لم تلزمه نفقتها، وإن كانت فقيرة[1].

وإذا كانت للبكر خادم ورثتها عن أمها، ولا بد لها ممن يخدمها؛ فعلى الأب أن ينفق على الابنة، ولا تلزمه نفقة خادم ابنته البكر، فإما[2] أنفق عليها واتبَّع الابنة أو باعها[3].

قال سحنون: ولا تلزمه[4] للابنة ولا لخادمها نفقة في ماله؛ لأنها [(م: 124/أ)] ملية بالخادم[5].

وفي كتاب الزكاة نحو ما قاله[6] سحنون.

وإذا طلق الأم دفع نفقة الولد إليها إن كانت مصلحة، وتلزمه نفقة من بلغ من ولده ذا زمانة لا حراك به[7] أو عميان أو مغلوبين[8] أو زمانة تمنع السعي، ولو حدث ذلك بهم بعد خروجهم من الولاية؛ لم تلزمه نفقتهم[9].

ومن أسلم وله بنات قد حضن فاخترن الكفر؛ فعليه نفقتهن.

وكذلك يقضى على الكافر بنفقة من أسلم من أبويه وبنيه على ما ذكرنا، وتلزم الولد نفقة أبويه والولد صغير أو كبير ذكر أو أنثى، وإن كره زوج الابنة.

وكذلك من مال يوهب للولد، أو يتصدق به عليه، ولا تلزم الأم نفقة الولد، كانت زوجة أبيهم أو طلقها، كانت[10] حرة أو أم ولد.

---

(1) في (م): (فقير).

(2) في (ف2): (وإما).

(3) انظر: المدونة: 4/208 و209.

(4) في (ف2): (يلزمه).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 5/68.

(6) في (ف2): (قال).

(7) في (ف2): (له).

(8) في (م): (مغلوبون).

(9) انظر: المدونة: 4/204.

(10) قوله: (زوجة أبيهم أو طلقها كانت) ساقط من (ف1).

ومن المكاتب قال: ونفقة ولد المكاتبة عليها إن كاتبت[1] عليهم أو حدثوا في الكتابة إن كان زوجها عبداً أو في كتابة أخرى[2] ونفقتها[3] هي[4] على زوجها.

وإن كانت مع الأب في كتابته[5]، فنفقة الولد على الأب، ولا تلزم مملوكاً[6] أو من فيه بقية رقّ نفقة على ولد حر أو رقيق، خلا المكاتبين كما ذكرنا، ولا يعجز بعجزه عن نفقة الولد[7].

ومن الخلع وغيره: ولا تلزم[8] حراً نفقة ولده العبد، وعلى الرجل النفقة على أرقائه، ويفرض لأبيه[9]، ولزوجة واحدة لأبيه، لا أكثر من واحدة، أو أم ولده، ولخادمه[10] أو خادم زوجته لخدمتها؛ إذ على الابن إخدامه إن قدر، وكذلك إخدام[11] الزوجة من تمام نفقتها في اليسر[12].

قال المغيرة: ولا تلزمه[13] نفقة زوجة[14] أبيه، إلا أن تكون أمّاً له.

---

(1) في (م): (كانت)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) في (م): (آخر).

(3) في (م): (أو نفقتها).

(4) قوله: (هي) ساقط من (م).

(5) في (ف2): (كتابة).

(6) قوله: (تلزم مملوكا) يقابله في (ف2): (يلزم مملوك).

(7) انظر: المدونة: 4/22 و23.

(8) في (ف2): (يلزم).

(9) في (ف1): (لابنه).

(10) في (م): (ولخادمة).

(11) في (ف1): (بإخدام).

(12) في (م): (اليقين)، وانظر المسألة في: المدونة: 4/205.

(13) في (ف1): (لا تلزمه)، وفي (ف2): (لا يلزمه).

(14) في (ف2): (لزوجة).

قال[1] مالك: ولا يجبر الرجل على[2] أن يزوج أباه[3].

قال[4] ابن القاسم: وينفق على الأم لا زوج لها، أو لها زوج معسر[5].

ولا ينفق على زوجها ولا على إخوة[6] لأم أو لأب أولهما، ولا لولد ولد ولا لجد ولا لذي نسب أو رحم أو غيره، إلا الزوجات والولد والأبوين، وذلك في يسره[7].

وليس على معسر نفقة لأحد ممن ذكرنا، ولا يتبع بها إن أيسر إلا أنه إن لم تصبر زوجته فرق بينهما.

ومن له عبد فلم ينفق عليه جبر[8] أن ينفق عليه[9] أو يبيعه.

وينفق على من له خادم من الأبوين عليه وعليها، قيل: فإن كانت له دار، قال: إن لم يكن في ثمنها فضل؛ فله[10] النفقة، ولا يتبع الأبوين بالنفقة إن أيسر أو يعدى على الغائب في بيع ماله للنفقة على ما[11] ذكرنا[12].

وقد تقدم ذكر نفقة الزوجات.

وبعد هذا باب نفقة المطلقات، وعليه كفن من تلزمه نفقته، واختلف في أمر

---

(1) في (ف2): (وقال).

(2) قوله: (على) ساقط من (ف2).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 2/305.

(4) في (ف2): (وقال).

(5) انظر: المدونة: 4/205.

(6) في (ف1): (أخيه).

(7) في (م): (يسيره).

(8) في (م) قوله: (خير بين).

(9) قوله: (عليه) زيادة من (م).

(10) في (ف1): (فلها).

(11) في (ف2): (من).

(12) انظر: المدونة: 4/206.

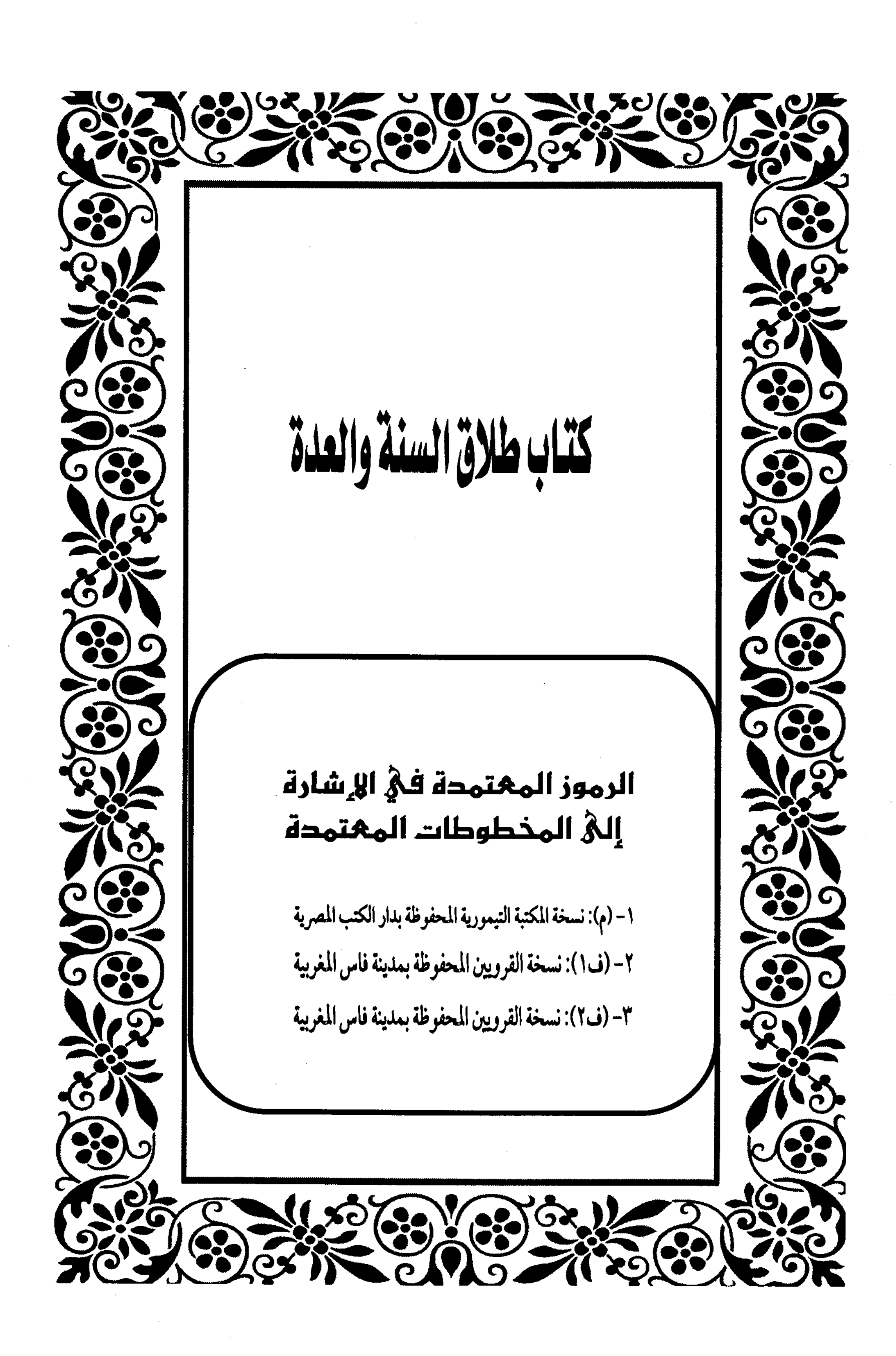
القابلة وكفن الميت[1].

كمل كتاب الرضاع يتلوه بحول الله كتاب طلاق السنة
والحمد لله رب العالمين[2] [(م: 124/ب)]



(1) قوله: (وعليه كفن... أمر القابلة وكفن الميت) زيادة من (ف1).

(2) قوله: (كمل كتاب الرضاع... رب العالمين) يقابله في (ف2): (تم كتاب الرضاع بحمد الله وعونه).



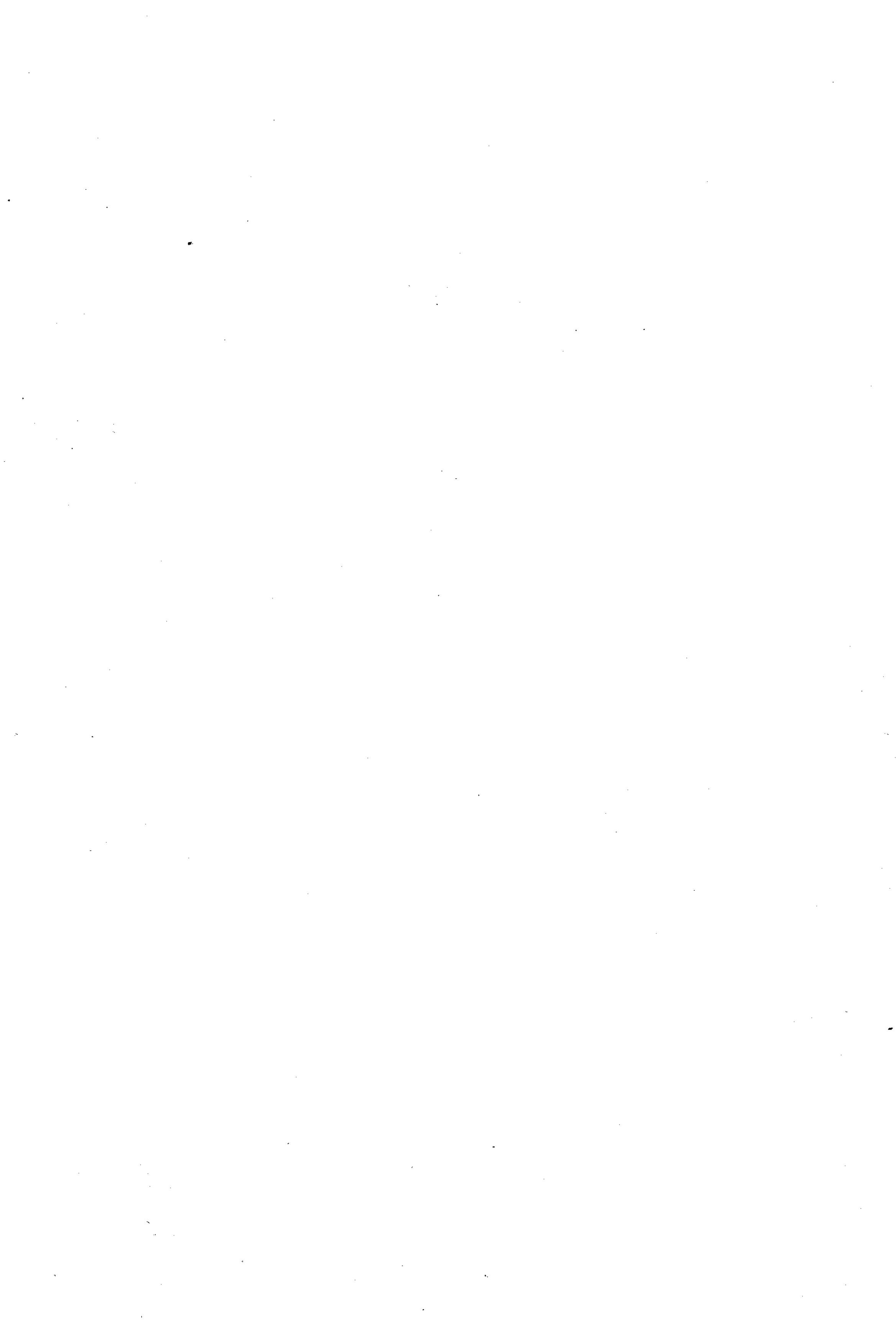
كتاب طلاق السنة والعدة

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١- (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية

٢- (ف١): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٣- (ف٢): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية



كتاب طلاق السنة والعدة[1]

في طلاق السنة وفي[2] من طلق بتاتاً، أو في الحيض وذكر العدة وطلاق الرق وعدته

وقد أمر الله جل ثناؤه بالطلاق[3] للعدة. فقال تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [سورة الطلاق آية: 1]، وقد قرأ ابن عمر: ﴿لقبل عدتهن﴾[4]، وهو طهر لم يمسها فيه؛ لأنه

---

(1) قوله: (والعدة) ساقط من من (م).

(2) قوله: (في طلاق السنة و) ساقط من (ف2).

(3) عياض: أصل معنى الطَّلاق الذهاب والإرسال، ومنه: انطلق فلان في كذا، أي ذهب، وأطلقت كذا من وثاقه: أرسلته وفي الطَّلاق هذا؛ لأن المرأة تذهب به عن الزوج، والزوج يرسلها من وثاق عصمته. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 987.

(4) انظر: المدونة: 4/300.

عياض: وإن كان قد وقع في الموطأ من رواية يحيى في تفسير قراءة ابن عمر: ﴿فطلقوهن لقبل عدتهن﴾.

قال مالك: هو أن يطلق في كل طهر مرة، وقد أنكر هذا على يحيى؛ إذ ليس من مذهب مالك، ولم يروه غيره، وطرحه ابن وضاح وإنما في موطأ ابن القاسم: فتلك العدة أن يطلق الرجل المرأة في طهر لم يمس فيه.

وقوله في قراءة ابن عمر: ﴿فطلقوهن لقبل عدتهن﴾؛ قيل: هذه قراءة على طريق التفسير نحو ما يذكر من قراءة ابن مسعود، وقد تكون من شاذ القراءة التي لم يجمع عليها.

وقد اختلف العلماء في إقامة الحجة بها، وهل تنزل منزلة خبر الواحد الذي يجب فيه العمل وإن لم يقطع بصحة مُغَيَّبِه أم لا يجب بذلك عمل لإسنادها إلى القرآن ولا يثبت إلا بالقطع.

ووقع عندنا في الأصل هذا الكلام لابن عمر في البابين جميعا، وكذا نقلها أكثرهم، وكذلك وقع في الموطآت، وفي بعض نسخ المدونة الكلام لعمر بن الخطاب، وذكر أهل التفسير معناه، ولابن عباس تفسير ذلك: لاستقبال عدتهن، وقبل وطئهن، وبهذا فسره مالك في الكتاب ونحوه ما في رواية ابن القاسم في الموطأ.

وقُبُل الشيء -بضم القاف والباء- أوله. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 989 و990.

إن مسها فيه لم تعلم ما تعد[1] به أبالأقراء، أو بالوضع؟

ونهى الله سبحانه، ورسوله ﷺ؛ عن الطلاق في الحيض، وعن إيقاع الثلاث في كلمة، ودلنا الله سبحانه أنه من فعل ذلك عاصياً لزمه بقوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [سورة الطلاق آية: 1]، وهي الرجعة؛ يجعلها بائنةً لمن لم يطلق للعدة، وأوقع الثلاث في كلمة؛ لقول[2] الرسول ﷺ في طلاق ابن عمر في الحيض: «**مره فليراجعها**»[3].

وأما[4] الرجعة بعد لزوم الطلاق، ثم قال: «**ثم[5] ليمسكها**»، فدل أن معنى المراجعة غير الإمساك.

وقد عاقب علي بن أبي طالب، وغيره من طلق بالبتة في كلمة[6].

قال ابن القاسم: فطلاق السنة: أن يطلق طلقة واحدة[7] في طهر لم يمسها فيه، وإن كان في آخر ساعة منه، ثم يمهلها حتى تنقضي العدة؛ برؤية أول دم الحيضة الثالثة في الحرة، أو الثانية في الأمة، فتتم للحرة ثلاثة أطهار، وللأمة طهران؛ وهي الأقراء التي ذكرها[8] الله[9].

---

(1) قوله: (ما تعد) يقابله في (ف2): (بما تعتد).

(2) في (ف2): (وبقول).

(3) متفق عليه: أخرجه البخاري: 5/2011، في باب إذا طلقت الحائض يعتد بذلك الطلاق، من كتاب الطلاق، برقم(4954)، ومسلم: 2/1093، في باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها، من كتاب الطلاق، برقم (1471)، ومالك في الموطأ: 2/576، في باب ما جاء في الإقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض، من كتاب الطلاق، برقم: 1196. من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(4) في (ف2): (فأما).

(5) في (ف1): (لم).

(6) انظر: المدونة: 4/270و271.

(7) قوله: (واحدة) ساقط من (ف2).

(8) في (ف2): (ذكر).

(9) انظر: المدونة: 4/297.

ولا تطلق التي رأت القُصة البيضاء؛ حتى تطهر بالماء[1] فإن فعل؛ لزمه، ولا يجبر على الرجعة.

وكذلك المطلق في طهر مسَّ فيه؛ وتعتد به.

ولا بأس في المسافرة لا تجد الماء أن يطلقها بعد التيمم؛ لجواز[2] الصلاة لها[3].

ولا يطلق[4] في كل طهر طلقة فإن فعل؛ لزمه، وقد قال ابن مسعود: إن ذلك له إن شاء[5].

وقال أشهب: ولا بأس به ما لم يرتجعها في خلال ذلك، وهو يريد أن يطلقها ثانية؛ فلا يسعه ذلك؛ لأنه يطول العدة عليها ويضر بها[6].

والواحدة تَبِين غير المدخول بها، والثلاث تحرمها إلا بعد الزوج[7]، وليست ممن تطلق للعدة إذ لا عدة عليها، وهو عاص في إيقاع الثلاث عليها في كلمة، وليطلقها

---

(1) قوله: (بالماء) ساقط من (ف2).

(2) في (ف1): (بجواز).

(3) انظر: المدونة: 4/307.

(4) في (ف2): (تطلق).

(5) انظر: المدونة: 4/299 و300.

عياض: وقول (ابن مسعود لمن أراد أن يطلق ثلاثا: فليطلقها طاهراً تطليقة في غير جماع، ثم يدعها حتى إذا حاضت فطهرت طلقها أخرى) وذكر مثل ذلك في الثالثة، وبهذا قال أَشْهَب في أحد قوليه، وهو قول أبي حنيفة.

قال أَشْهَب: ما لم يرتجع بنية الفراق، ولأَشْهَب قول آخر: أنه لا بأس وإن ارتجع بنية الفراق ولا خلاف أنه لو ارتجع بنية البقاء ثم بدا له، فطلق هكذا في كل طهر لما كره له الرجعة ولا الطَّلاق.

وقد أنكر أحمد بن خالد إدخال سحنون حديث ابن مسعود، وهو صريح خلاف مذهبه وما أنكره مالك.

وقال: لم يدرك أحداً يقتدي به يرى ذلك.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 988 و989.

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/87 و88.

(7) في (ف2): (زوج)، وانظر المسألة في: المدونة: 5/18.

واحدة متى[1] شاء.

وإن كانت حائضاً في قول ابن القاسم، ونهى عنه أشهب.

قال[2] محمد: وقول ابن القاسم أحب إلينا[3]. [(م: 125/أ)]

وطلاق السنة في الحامل، أو من لم تبلغ المحيض، أو اليائسة منه؛ أن يطلقهن واحدة متى شاء، وتحل الحامل بالوضع لآخر ولد في بطنها، وفي تِينِك بثلاثة أشهر، ويطلق المستحاضة متى شاء، وعدتها سنة، ثم تحل إلا أن ترتاب -يريد بحس بطن- فتقيم إلى زوال الريبة، وإن كان لها قرء يعرف تحراه وطلقها فيه.

قال في كتاب الاستبراء: ويكون لها ذلك قرءاً، وتحتسب به إذا لم يشك النساء أنه دم حيض، وتحل به الأمة في البيع[4].

وقال مالك في كتاب ابن المواز: لا يبرئها إلا السنة؛ لأن الاستحاضة ريبة[5].

قال ابن القاسم: ولا تطلق حائض، أو نفساء حتى تطهر، فإن طلقها في دم حيض، أو نفاس؛ طلقة أو طلقتين؛ لزمه ذلك، وأجبر على الرجعة، وإن طهرت وحاضت الثانية ما لم تنقض العدة[6] فتحل[7].

محمد: وقال ابن الماجشون بقول ابن القاسم وهو أحب إلينا؛ لأنها رجعة وجبت.

وقال أشهب: يجبر على الرجعة ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر، فإذا[8] صارت في الحال التي أباح النبي ﷺ طلاقها؛ لم يجبر على الرجعة[9].

قال ابن القاسم: وإذا رجع بالقضاء في دم حيض، أو نفاس، وشاء طلاقها؛ أمهل

---

(1) في (ف1): (ما).

(2) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(3) في (ف2): (إلى)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 5/88 و89.

(4) في (ف1): (المبيع)، وانظر المسألة في: المدونة: 5/203.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/88.

(6) في (ف1): (بعدة).

(7) انظر: المدونة: 4/305 و306.

(8) في (ف2): (إذا).

(9) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/89.

حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء حينئذ؛ طلق، أو أمسك، ولا يطلقها بعد طهرها[1] من ذلك الدم الذي ارتجعها فيه بالقضاء، فإن فعل؛ لزمه، ولا يجبر على الرجعة.

ولو قال لحائض: أنت طالق للسنة، أو قال: إذا طهرتِ فأنتِ طالق؛ لزمته مكانه طلقة، وأجبر[2] على الرجعة.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة؛ لزمته الثلاث مكانه كانت طاهراً أم حائضاً[3].

ولا تلاعن بين الزوجين والمرأة حائض في القذف، أو في دم النفاس في نفي الحمل حتى تطهر، وكذلك إن حلَّ أجلُ التلوم بالمعسر بالنفقة، أو العنين، وغيره؛ إلا المولي فإنها تطلق عليه عند الأجل؛ إن قال: لا أفيء.

قال[4] محمد: ثم[5] يجبر على الرجعة، ورويَ لمالك أنها لا تطلق عليه حتى تطهر. -يريد: أن المولى يقع عليه الطلاق قبل الطهر إن شاء الله[6]-.

قال محمد: فإن[7] قال: أنا أفيء أمهله السلطان حتى تطهر، ولا اختلاف في هذا بين أصحاب مالك[8].

ولا تختار المعتقة تحت العبد في الحيض حتى تطهر، وكذلك المخيرة فإن فعلتا لزم.

وجميع طلاق العبد طلقتان؛ لأن الله ﷻ جعل حدَّ الأرقاء نصف حد الأحرار، والطلاق والعدة من معاني الحدود.

وعدة الأمة حيضتان إذ لا تنقسم طلقة، أو حيضة وطلاق المسلم لزوجته الكتابية كالمسلمة في ما ذكرنا، وتجبر هي على العدة منه.

---

(1) في (ف1): (طهر).
(2) في (ف2): (وجبر).
(3) انظر: المدونة: 4/303، وما بعدها.
(4) قوله: (قال) ساقط من (ف2).
(5) زاد بعده في (ف1): قوله: (قال).
(6) قوله: (يريد أن المولى... إن شاء الله) ساقط من (ف2).
(7) في (ف2): (وإن).
(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/90.

[(م: 125/ب)] جامع النكاح في العدة، وذكر العدة من زوجين، والتي تأتي بولد بعد العدة، وقد نكحت زوجاً، أو لم تنكح[1]

قال الله ﷻ: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ إلى قوله: ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [سورة البقرة آية: 235]، وقضى عمر، وعلي فيمن نكح في العدة؛ بالفراق، وألا يتناكحا أبداً، وأعطى عمر المرأة ما أمهرها الرجل بما استحل منها[2].

ونهى[3] الله ﷻ عن النكاح في العدة، وأذن بالقول المعروف، فقيل: إن ذلك كقوله: إني لكِ[4] محب، وبكِ[5] مُعجَب، أو فيكِ راغب، ونحوه.

ولا تجوز المواعدة[6] لها، أو لوليها في عدة طلاق، أو وفاة حرة كانت أو أمة.

قال عطاء: وأكره مواعدة الولي، وإن كانت مالكة أمرها.

قال ابن القاسم: فمن واعد في العدة ونكح بعدها؛ فاستحب مالك له الفراق بطلقة وإن بنى بها، ويخطبها بعد عدتها منه إن دخل بها.

وروى عنه أشهب إيجاب الفراق[7].

واختلف قول ابن القاسم فيه في غير المدونة. فقال: يفسخ بقضاء وقال:

---

(1) قوله: (أو لم تنكح) يقابله في (ف2): (أم لا).

(2) انظر: المدونة: 4/340.

(3) في (ف2): (فنهى).

(4) في (ف1): (بك).

(5) في (ف1): (ولك).

(6) عياض: والمواعدة في العدة ممنوعة، وهي من المفاعلة، وهو ما تواطأ عليه الرجل والمرأة وعقدا عزمهما عليه،... قال بعض شيوخنا: والوعد في العدة بخلاف المواعدة في حكم الفراق وإن اتفقا في الكراهة ابتداء ولا يفرق في الوعد بوجه والوعد من أحدهما والمواعدة منهما. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1008و1009.

(7) انظر: المدونة: 4/334 و335.

بغير قضاء[1].

قال في المدونة: ومن نكح وبنى في العدة أو قبل أو باشر لم تحل له أبداً[2].

قال مالك: ومن[3] نكح في العدة، وبنى بعدها؛ فسخ، وكان كالمصيب فيها. قاله مالك وعبد العزيز[4].

وروى المغيرة وغيره: أنه[5] لا يحرم عليه نكاحها إن شاء[6].

قال ابن القاسم عن مالك: وما هو بالحرام البين[7].

وإن وطئ السيد أم ولده، أو أمته في عدة من زوج حر، أو عبد حرمت عليه، وإن وطئ أمة بنكاح في عدة نكاح ثم ابتاعها؛ لم تحل له أبداً.

وأكره المواعدة في عدة أم الولد من وفاة سيدها.

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 5/427 و428، والنوادر والزيادات: 4/573.

(2) انظر: المدونة: 4/365.

(3) في (ف2): (وإن).

(4) عياض: قوله: (وقال مالك وعبد العزيز فيمن تزوج في العدة ودخل بعدها: إنه كالمصيب في العدة).

ظاهره في تأبيد التحريم؛ إذ لا يختلف أحد في فسخ النكاح المعقود في وقد اختلف في تأويل قول عبد العزيز أهو هذا؟ أو يكون ما روى ابن نافع عنه من أنه لا يتأبد التحريم بالنكاح في العدة خلافا لهذا الظاهر أو يكون ليس بخلاف وإنما تكلم هنا ووافق مالكا في فسخ النكاح وأنه يفسخ؛ أصاب في العدة أم لا؟

حكى أبو عِمرَان أن العتبي روى عن سحنون عن ابن نافع عن عبد العزيز أن المتزوج في العدة ووطئ بعدها يفسخ ويكون خاطبا من الخطاب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1014 و1015.

(5) في (ف2): (إنها).

(6) انظر: المدونة: 4/337 و338.

(7) انظر: المدونة: 4/365.

عياض: يشير بقوله هذا إلى تأبيد التحريم لا إلى تحريمها الآن وفسخ نكاحها، وهذا مثل مذهب المخزومي في المسألة قبل هذا وخلافُ قول مالك وعبد العزيز، وأما فسخه الآن فما لا خلاف في بيان تحريمه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1023.

قال غيره: من نكح أم ولد رجل قد أعتقها أو مات عنها، أو أمة أعتقها ربها وقد وطئها فنكحن قبل حيضة فذلك يحرم كالعدة.

وروى ذلك لمالك[1] في أم الولد.

ورويَ عنه: أنه ليس كالناكح في العدة[2].

وكل وطء بملك أو بشبهة نكاح في عدة نكاح يحرم.

زاد أبو زيد: وإن[3] نكح أمة فبنى بها، وهي حامل من السيد؛ فسخ ذلك، وليس بواطئ في عدة، ولا تحرم عليه والواطئ بملك، أو نكاح من ليست في عدة نكاح أو وفاة؛ فليس تحرم عليه.

وإذا أسلمت ذمية تحت ذمي بعد البناء، فناكحها في عدتها منه؛ ناكح في عدة.

ومن نكح في عدة طلاق غير بائن؛ فسخ ذلك بنى بها أم لا.

قال غيره: وهو ناكح في عدة.

قال ابن القاسم: وللأول الرجعة قبل فسخ نكاح الثاني، وبعده فإن ارتجع فلا يقربها إن بنى بها الثاني إلا بعد ثلاث حيض، وإن كان طلاق الأول بائناً بخلع؛ فلا رجعة [(م: 126/أ)] له.

فإن بنى بها الثاني فقال مالك: تأتنف عدة من يوم فسخ نكاح الثاني، فتجزئها عن الزوجين، وإن كان قد جاء عن عمر أنها تتم عدة الأول، وتأتنف عدة الثاني.

وأما الحمل فالوضع يبرئها من الزوجين، وإن كان من الآخر، وإن كانت من أهل الشهور؛ أجزأتها ثلاثة أشهر منهما، ولا يتزوجها الأول في عدة الآخر، وإن كانت العدة للأولى[4] من وفاة؛ فعليها تمام أربعة أشهر، وعشر مع ثلاث حيض تطالب أقصى الأجلين[5].

---

(1) في (ف1): (عن مالك).

(2) انظر: المدونة: 4/332، وما بعدها.

(3) في (ف2): (ومن).

(4) في (م): (الأولى).

(5) انظر: المدونة: 4/336، وما بعدها.

عياض: وقوله في (المتزوجة المدخول بها في العدة: وأما في الحمل، فإن مالكا قال: إن كانت حاملا =

أجزأ عنها الحمل من عدة الزوجين).
ظاهره أن الحمل من الأول واختصره بعضهم فزاد: وإن كان من الآخر، وعليها حملها غير واحد من الشيوخ أن الوضع ممن كان منهما يبرئها، وهو قول ابن القاسم في مختصر أبي محمد، ورواية أَشْهَب في كتاب محمد، وضعفها محمد.
وقال أصبغ: إن كان الحمل من الآخر، فلا يبرئها ولا بد لها من ثلاث حيض للأول، وهذا ظاهر قوله في المدونة: (إذا تزوجها في عدة الوفاة بعد حيضة فأتت بولد لستة أشهر فعدتها وضع الحمل، وهو آخر الأجلين).
قال شيخنا القاضي أبو الوليد: فقوله: وهو آخر الأجلين دليل أنه اعتبر انقضاء العدة من الزوج الأول؛ لما كان الحمل من الثاني، فإن اعتبره في الوفاة فيجب أن يعتبره في الطلاق.
قال القاضي:: وأبين من هذا عندي قوله بعد هذا في المنعي لها زوجها تتزوج فيأتي زوجها وهي حامل ثم يموت: إنها تستكمل أربعة أشهر وعشرا من يوم مات ولا تنقضي عدة زوجها الأول بالوضع من الآخر، قال: (وكذلك قال لي مالك في المسائل كلها، ثم قال: وهذا قول مالك في أمر هذا الزوج الغائب وأمر الزوج الذي تزوجها في العدة وفي الوفاة عنها وفي حملها على ما وصفت لك)، فانظر ظاهر هذا الكلام كله وقوله: في العدة وفي الوفاة.
كذا هو في الأصول بواو العطف وهو بَيِّنٌ في تسوية الْعِدَد كلها في ذلك، فتخَرَّج القولان من المدونة، وأنه لا يبرئ الحمل من الآخر عن الأول أظهر في هذه المسائل، خلاف ما نقل غير واحد؛ إذ المسألة الأولى اللفظ فيها محتمل، وأما إن كان الحمل من الأول، فلا خلاف أنه يبرئ منهما جميعا، ولا خلاف لو كان نكاح الثاني بعد حيضة أو حيضتين أنها تبني عليهما ما بقي من حيضها.
وما وقع من نقل بعض الشيوخ: تستأنف ثلاث حيض بعد الوضع.
فإنما معناه أنها لم تحض قبل، ولا يقول أحد: إن الوضع يهدم ما مضى من عدتها ولا تحتسب بحيضها وانظر هل يكون الوضع من الآخر عند من لا يراه يبرئ من الأول حكمه حكم حيضة فتحتسب بها، فقد ذكر ابن محرز أنها تحتسب بها، فأَنْعِمْ النظر في ذلك جدا. وقد حكى أبو محمد عن أَشْهَب في المنعي لها زوجها أن الوضع من الآخر يبرئها منهما، قال: وهو خلاف قولهم كلهم.
وقال ابن حبيب عن أصبغ فيها: إذا طلقها الأول لا يبرئها حملها من الآخر، سواء كان بائنا أو رجعيا ولا بد من ثلاث حيض بعد وضع الحمل.
قال: وإنما يجزئ عن الآخر فيمن تزوج من النساء في عدة إذا كانت عدة الأخرى استقصاء للعدتين، فانظر هذا أيضاً.
وقد حكى عنه فضل نحوه، قال: وليس يجزئها الوضع من الآخر من جميع ذلك، وقد أخطأ من قال: يجزئها الوضع من الآخر من جميع ذلك أو من فرق بين البتات وغيره.
قال: وأما إن كان الأول مات ولم يطلق فهذه سواء كانت حاملا أو غير حامل، فلا تحل إلا بالخروج

وإن كانت مرتابة أو مستحاضة؛ فعليها من يوم الوفاة أربعة أشهر وعشر وسنة[1] من يوم فسخ نكاح الثاني[2].

وكل معتدة من وفاة أو طلاق بائن أو غير بائن تأتي[3] بولد في العدة.

أو بعد انقضائها فيما تطهر[4] بغير ريبة فإنه يلحق بالزوج لخمس سنين فأدنى إلا أن ينفيه الحي بلعان ويدعي أنه استبرأ قبل طلاقه.

وكذلك لو ارتابت بتأخير حيض، واعتدت سنة ثم إن أحسّت ريبةَ بطن؛ جلست ما بينها وبين خمس سنين، وقيل: أربع سنين فما وضعت بعد ذلك؛ لم يلحق بالزوج، وإن أتت به بعد ذلك بشهرين، أو بثلاثة، وتحد.

وإن أتت امرأة الصبي، أو الخصي اللذين لا يولد لمثلهما[5] بولد؛ لم يلحقهما[6]، وحُدّت، ولا تنقضي عدتها في[7] الوفاة بوضعه، وإن كان خصي يولد لمثله؛ لزمه، وحلت بوضعه في وفاة أو طلاق، فإن مضت[8] لمطلقة خمس سنين إلا خمسة أشهر ولم تقر بانقضاء العدة ثم نكحت فإن زعمت أنها نكحت بعد العدة وزوال[9] الريبة؛ صُدِّقت.

ولا تنكح مسترابة البطن؛ إلا بعد زوال الريبة، أو بعد خمس سنين، فإن نكحت

=

من الأمرين جميعا: الاستبراء بالحيض وانتظار وضع الحمل وعدة الوفاة بالليالي والأيام؛ لأن هذين أمران مختلفان؛ هذه عدة مفروضة للموت، والأخرى استبراء، فهذا غير هذا لا تحل إلا بالخروج منهما والقعود إلى آخرهما، وفي هذا وأشباهه قيل: أقصى الأجلين. فانظره. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1009، وما بعدها.

(1) في (ف2): (أو سنة)، والمثبت موافق لما في المدونة، وما في تهذيب البراذعي موافق لما في (ف2).

(2) انظر: المدونة: 4/337، وتهذيب البراذعي: 2/422.

(3) في (ف2): (يأتي).

(4) في (ف2): (يظهر).

(5) في (م): (مثلهما).

(6) في (م): (يلحقها).

(7) في (ف2): (من).

(8) قوله: (فإن مضت) يقابله في (ف2): (وإن مضى).

(9) في (م): (وزال).

قبل الخمسة[1] بأربعة أشهر فأتت بولد لخمسة أشهر من يوم نكحت؛ لم يلحق بواحد[2] من الزوجين؛ وحُدت، وفسخ نكاح الثاني؛ لأنه نكح حاملاً.

وإن نكحت ودخلت في العدة قبل حيضة، ثم ظهر بها حمل فهو للأول، وتحرم على الثاني.

ولو نكحت بعد حيضة؛ فهو للثاني إن وضعته لستة أشهر من يوم نكاحه[3]، فإن وضعته لأقل؛ فهو للأول، هذا[4] حكم النكاح، وإنما القافة في الأمة يطؤها السيدان في طهر.

وكذلك من نكح في عدة، وفاة بعد حيضة أو قبل في لحوق الولد، وعدتها منهما وضع الحمل؛ ألحقت الولد بالأول، أو ألحقته بالثاني وهو فيها أقصى الأجلين.

وأما المنعي لها زوجها يقدم، ثم يموت وهي حامل من الثاني؛ فلا بد من أقصى الأجلين، ولا يبرئها الوضع دون تمام أربعة أشهر وعشر.

محمد: وقال ابن القاسم في المنعي تنكح زوجته بعد عدتها منه، ثم يقدم وقد دخل بها الثاني، وهي [م: 126/ب] حامل منه فيطلقها الأول، فلا يبرئها الوضع ولتأتنف

---

(1) في (ف2): (الخمس).

(2) في (ف2): (بأحد).

(3) عياض: وقوله في (المتزوجة في العدة: وإن كان تزوجها بعد حيضة أو حيضتين من عدتها، فالولد للآخر إذا ولدته لتمام ستة أشهر من يوم دخل بها الآخر) ظاهره تمام الشهور.

قال ابن القاسم: إلا أن يكون الشهر السادس من تسعة وعشرين يوما، وأنكره في أكثر.

وقال محمد بن دينار: يلحق به، وإن نقص ليلتان أو ثلاث قدر ما... بين الأهلة.

وقد وقعت قديماً بفاس مسألة امرأة جاءت بولد لخمسة أشهر وأربعة وعشرين يوما هل يلحق به أم لا؟

واختلف فيها فقهاء بلدنا - أيضاً - والصواب ألا يلحق هنا؛ إذ لا يصح توالي ستة أشهر نقص، وبه أفتى من فقهائنا أحمد بن القاضي، ومحمد بن العجوز، وعبد الله بن حمو المسيلي، وخالفهم أبو علي القيسي. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1017و 1018.

(4) في (م): (وهذا).

بعده[1] ثلاث حيض للأول كالتي منعها مرض، أو رضاع من الحيض، ولو مات طالبت أقصى الأجلين.

قال محمد: وهذا قولهم إلا أشهب فإنه قال: وضعها يبرئها للزوجين، وأباه ابن القاسم وقال: ليست كالناكحة في العدة تلد من الثاني، أو الأول فيبرئها من الزوجين.

قال أصبغ: لأن الطلاق والعدة في امرأة المنعي وجبت بعد الحمل، والحمل من غير من يعتد منه، وغير هذا خطأ.

قال محمد: وأما الناكحة في عدة، فإن كان الحمل من الأول، فهو يبرئها منهما جميعاً[2] وإن كان من الآخر فقد رويَ عن مالك أنه يبرئها، وإن ذلك لضعيف حتى تأتنف[3] ثلاث حيض بعد الوضع، ولكن قد قاله مالك[4].

وأما لو كان من زنا؛ لم يبرئها ذلك بحال من عدة لزمتها.

ومن المدونة: قال ابن القاسم: وإذا انقضت عدة أم الولد من وفاة زوجها، ثم أتت بولد، وقالت: هو من السيد؛ لزمه إلا أن يقول: لم أمسها بعد الزوج؛ فيبرأ[5] منه، ولو كان السيد اليومَ ميتاً؛ لحق الولد[6] به؛ لأنها حلت له وقتاً إلا أن يقول قبل موته: لم أمسَّها.

وكل ما أتت به أم الولد من ولد[7]، أو أمة أقر السيد بوطئها من ولد في حياته، أو بعد وفاته أو بعد عتقها لما تقدم له النساء لزمه، إلا أن يدعي استبراء[8].

قال محمد: لا تنقضي عدة بولد لا يحلق بمن تعتد منه، إلا الملاعنة وحدها[9].

---

(1) في (م): (بعد).

(2) قوله: (جميعا) زيادة من (ف2).

(3) في (م): (يأتنف).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/32 و33.

(5) في (ف2): (فتبرأ).

(6) قوله: (الولد) ساقط من (ف2).

(7) قوله: (من ولد) زيادة من (ف2).

(8) انظر: المدونة: 4/332.

(9) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/32.

في امرأة[1] المفقود والأسير والمنعي لها زوجها، والتي[2] ترتجع ولا تعلم يتزوّجن، وما يجزئ فيهن من العدة والوطء فيها وغيره، وجامع القضاء في امرأة المفقود، وماله وميراثه

وقد ضرب عمر بن الخطاب ﷺ لامرأة المفقود أربع سنين، ثم عدة الوفاة، ثم تحلّ[3].

قال مالك: وبلغني عنه في التي علمت بالطلاق ولم تعلم بالرجعة إن تزوجت ثم قدم الأول كان أحق بها ما لم يدخل بها[4] الثاني فهذا أحب ما سمعت إلي فيها[5]، وفي المفقود[6].

ويضرب السلطان هذا الأجل لامرأة المفقود من يوم ترفع، وإن لم تقم إلا بعد سنين أربع[7]، وإنما يضرب بعد الكشف عنه، وإن علم إلى أي جهة خرج؛ كتب

---

(1) في (م): (المرأة).

(2) قوله: (لها زوجها والتي) ساقط من (ف2).

(3) انظر: المدونة: 4/354.

(4) قوله: (بها) ساقط من (ف2).

(5) عياض: وقوله في (المطلق لا تعلم بالرجعة زوجتُه فتَتَزَوَّجُ غيره ثم يأتي: إن مالكا وقف قبل موته بعام فقال: زوجها أحق بها).
كذا في الأمهات وانتهت المسألة.
وفي بعض النسخ: إلا أن يدخل بها الآخر، وهو معنى المسألة لا أنه أحق بها على كل حال؛ لأن هذا إنما هو في المنعي لها، وإن كان بعض الشيوخ أراد تخريج هذا القول في المسألة وتسويتها مع المنعي لها.
وضبطنا هذا الحرف: وَقَف قبل موته، بفتح الواو والقاف، ووقع في أصول صحيحة - أيضا- وُقِّف، بضم الواو وكسر القاف المشدد وهو أصح وأشبه بمساق المسألة؛ فتأملها. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1021.

(6) انظر: المدونة: 4/354، وما بعدها.

(7) قوله: (أربع) ساقط من (م).

إليها[1] في الكشف، عنه فإذا يئس من علم خبره ضرب من يومئذ للحرّ أربع سنين، وللعبد حولين.

قال محمد: كانت الزوجة حرة، أو أمة ثم تعتد هي بعد ذلك دون أمر الإمام كعدة الوفاة كان قد بنى بها أم لا[2]. [(م: 127/أ)]

قال[3] مالك: وعليها الإحداد.

وقال ابن الماجشون: لا إحداد عليها[4].

وإنما ذلك في يقين الموت، وإن[5] قدم أو صحت حياته قبل أن تنكح؛ منعت، وكانت زوجة له بحالها.

وكذلك لو تزوجت، ولم يدخل بها؛ فسخ[6] نكاح الثاني، ورُدَّتْ إلى الأول.

وكذلك التي يبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة، فإن لم تعلم هي أو لم[7] يقدم هو حتى دخل بها الثاني؛ فالثاني أحق بها، وأول قول مالك فيهما إن عقد نكاح الثاني دون البناء يفيتها على[8] الأول، وأخذ به المغيرة وغيره[9].

وإذا رجعت إلى المفقود قبل بناء الثاني؛ كانت عنده على الطلاق كله.

وإن نكحها بعد أن ابتنى بها الثاني؛ رجعت على طلقتين، إلا أن يتقدم له فيها طلاق.

ولو أن التي بلغها الطلاق أمة، فوطئها السيد بعد العدة، ولم تعلم بالرجعة؛ فلا سبيل للزوج إليها، وذلك كوطء زوج.

---

(1) في (ف2): (لها).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/248 و249.

(3) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/43.

(5) في (ف2): (فإن).

(6) قوله: (يدخل بها فسخ) يقابله في (م): (تدخل لفسخ).

(7) قوله: (لم) ساقط من (ف2).

(8) في (م): (عن).

(9) انظر: المدونة: 5/355 و356، والنوادر والزيادات: 5/34 و35.

أم المنعى لها زوجها تعتد، وتنكح فالأول أحق بها[1].

وإن ولدت أولاداً من الثاني إذ لا حجة لها باجتهاد إمام، أو بيقين طلاق ولا يقربها القادم، إلا بعد العدة من ذلك الماء بثلاث حيض، أو بثلاث[2] شهور، أو وضع حمل فإن مات المنعي قبل وضع حملها؛ اعتدت منه عدة الوفاة، ولا تحل بالوضع دون تمامها، ولا بتمامها دون الوضع.

ولو نكحت امرأة المفقود بعد الأجل والعدة؛ ثم علم أن المفقود مات بعد نكاح الثاني وقبل دخوله؛ فموته هاهنا كقدومه حينئذ، فنكاح الثاني يفسخ، وترث الأول، وتعتد لوفاته من يوم صحة[3] موته.

ولو ورثت الثاني قبل البناء، ثم علم أن الأول مات بعد أن نكحت، وقبل البناء قبل موت الثاني أو بعده، أو علم أن الأول حي؛ رَدت ميراثها من الثاني، ورجعت إلى

---

(1) عياض: وقوله في (مسألة المُنْعَى لها زوجها تتزوج).
كذا يقول الفقهاء: المُنعى، بضم الميم وفتح العين، وهو عند أهل العربية خطأ، وصوابه عندهم: المَنْعِيُّ بفتح الميم وكسر العين وتشديد الياء.
وقوله: (ترد إلى الأول ولا يكون للزوج الآخر خيار) كذا في الأمهات، وكذا في رواية إبراهيم ابن محمد.
والذي في رواية ابن وضاح: ولا يكون للزوج الأول خيار، وهو الصواب؛ لأن فيه يتصور الخيار لو صح لفوات سلعته عند غيره، وأما الآخر، فلا وجه لقوله هذا فيه.
وقوله: (ولا يقربها الأول حتى تحيض أو تضع حملها إن كانت حاملا)، ثم قال: (وتعتد في بيتها الذي كانت تسكن فيه مع الآخر، ويحال بينه وبين الدخول عليها، فترد إلى زوجها الأول) لا إشكال في منع الآخر من النظر إليها، والدخول عليها فما فوق ذلك؛ لأنه كالأجنبي وأما الأول في هذه العدة من الآخر، فلا إشكال في منعه الوطء؛ لاختلاط الماءين والحيطة على النسب في غير الحامل، وشبهة ذلك في الحامل وسقيه ولد غيره بمائه؛ لنهي النبي عن ذلك، وأما ما عدا هذا من الاستمتاع فمباح؛ لأنها زوجته، وإنما حبست عنه لأجل اختلاط النسبين كما لو استبرأها من زنا أو غصب؛ ولئلا يسقي ماءه ولد غيره، وبدليل لو كانت هذه المغصوبة بينة الحمل من زوجها لجاز له وطؤها؛ إذ الولد ولده عند ابن القاسم وغيره وكرهه أصبغ كراهة لا تحريما. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1019 و1020.

(2) في (ف2): (ثلاث).

(3) في (م): (صح).

حكم عصمة الأول في حياته وموته، وإن علم أنه مات بعد بناء الثاني؛ فهو كمجيئه حينئذ وتثبت عصمة الثاني، ولا ترث الأول.

قال[1] محمد: ولو دخل بها الثاني، ثم علم الآن أن المفقود مات قبل دخول الثاني؛ فكان[2] نكاح الثاني مفسوخاً[3].

ولو مات الأول بعد الأجل والعدة، ثم نكحت في وقت يكون فيه في عدة من الأول في صحة موته؛ فسخ نكاح الثاني، فإن لم يكن[4] دخل بها؛ خطبَها بعد تمام عدة الأول، وإن[5] بنى بها فيها؛ لم تحل له أبداً، وترث الأول في الوجهين.

وإن[6] صحَّ أنها نكحت بعد تمام عدة الأول من يوم موته؛ ورثته، وثبتت مع الثاني واسلك بالتي تعلم بالطلاق، ولا تعلم بالرجعة حتى تعتد، وتنكح هذا المسلك في فسخ النكاح، والموت، والميراث، وجميع أحكامها[7].

محمد: ولو تزوجها الثاني ودخل بها، ثم وجد نكاحه نكاحاً يفسخ بغير طلاق وقدم المفقود [(م: 127/ب)]؛ فإنها ترد إليه[8].

ولو كان نكاحاً[9] يفسخ بطلاق لم ترد إليه.

ولو قدم بعد أن خلا بها الثاني خلوة توجب عليها العدة، وقال: لم أمسها؛ لحرمت على الثاني. يريد: في هذا النكاح.

ولا تحل للآخر إلا بنكاح جديد بعد ثلاث حيض.

محمد: وإن نكحت امرأة المفقود في شهور العدة فهي ناكحة في عدة ما لم يظهر

---

(1) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(2) في (ف2): (كان).

(3) في (ف2): (مفسوخ)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 5/33.

(4) في (م): (تكن).

(5) في (ف2): (فإن).

(6) في (ف2): (فإن).

(7) في (م): (أحكامهما).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/579.

(9) في (ف2): (نكاح).

للمفقود خبر ويفسخ نكاحها وتؤمر بتمام الشهور مع ثلاث حيض من الثاني[1].

فإن[2] نكحت في الثلاث[3] حيض، فهي ناكحة في غير عدة[4]، ظهر للمفقود خبر أو لم يظهر.

ولكن يكون الناكح في الشهور؛ ناكحاً في عدة إن عمي خبره، وإن ظهر أنه حي، أو أنه مات بعد الشهور؛ لم يكن ناكحها في الشهور ناكحاً[5] في عدة.

ولو تزوجت ثالثاً[6] بعد تمام الثلاث[7] حيض من الثاني وبعد الشهور، ودخل بها الثالث؛ صار متزوجها أيضاً في الشهور ناكحاً في عدة، إذ لا سبيل للمفقود إليها بهذا[8] الدخول الصحيح قبل العلم بخبره.

ولو ظهر أنه مات في وقت يكون الثالث ناكحاً في عدة من وفاته؛ كان الثالث والثاني ناكحين في عدة، والناكح أولاً في الشهور غير ناكح في عدة.

قال[9] ابن القاسم: وينفق على امرأة المفقود في التأجيل من ماله، ولا نفقة لها في العدة، ولولده النفقة ما كانوا صغاراً؛ إن لم يكن لهم مال، ولا يؤخذ حميل بهذه النفقات، وما أنفق عليهم بعد موته ولم يعلم توبع بذلك الزوجة والولد.

ولا يقسم ورثة المفقود ماله، حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يحيا إلى مثله؛ فيقسم بين ورثته يومئذ لا يوم فُقد، أو يصح وقت موته؛ فيرثه ورثته يوم صحة[10] موته[11].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 4/579.

(2) في (ف2): (وإن).

(3) في (ف2): (ثلاث).

(4) قوله: (غير) ساقط من (م).

(5) في (ف2): (ناكحها).

(6) في (م): (ثلاثاً).

(7) في (م): (ثلاث).

(8) في (ف2): (بعد).

(9) قوله: (قال) زيادة من (ف2).

(10) في (م): (صح).

(11) انظر: المدونة: 4/356 و357.

محمد:[1] قال ابن القاسم وغيره: وترثه حينئذ، وزوجته هذه التي ضُرب لها الأجل واعتدت[2] إن لم تتزوج فيبتنى[3] بها، ولو علم أنه مات قبل بناء الثاني؛ لورثت الأول كانت الآن حية أو ميتة، وأحب إلي ما قاله ابن وهب أنهما يتوارثان ما لم تنكح غيره يريد ويفسخ نكاحها إن كانت حية وترث الأول وتأتنف منه العدة.

واختلف في تعميره فقال مالك: سبعون سنة، وقال[4]: ثمانون، وقال أشهب: مائة من يوم مولده.

وقال ابن الماجشون: تسعون[5] سنة. وقيل عنه: مائة.

قال[6] ابن القاسم سبعون في المفقود والموصى له، وقيل عنه: أحب إلي أن يزاد في المفقود ورويَ عنه فيه[7] ثمانون[8].

ومن المدونة: وإن مات له ولد وقف ميراثه منه، فإن أتى أخذه، وإن مُوِّت بالتعمير؛ رُد ذلك إلى ورثة الابن يوم موت الابن، ولا أورث الأب[9] بالشك[10].

وكذلك لا يتوارث بالشك من لا يعلم أولهما موتاً بغرق، أو هدم، ويرث كل واحد ورثته.

قال ابن الماجشون: إذا مُوِّت الأب بالتعمير؛ بقي ميراثه من الابن[11] موقوفاً

---

(1) قوله: (محمد) ساقط من (ف2).

(2) قوله: (واعتدت) يقابله في (م): (وأعتق أب).

(3) في (م): (ويبني).

(4) قوله: (سنة وقال) يقابله في (ف2): (سبعون وقيل).

(5) في (م): (سبعون).

(6) في (ف2): (وقال).

(7) قوله: (فيه) زيادة من (ف2).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/250 و251.

(9) في (م): (الآن).

(10) انظر: المدونة: 4/358.

(11) في (م): (الأب).

[(م: 128/أ)] إلى يقين أولهما موتاً، وردت[1] إياه إلى[2] ورثة الابن توريث بالشك[3].

قال ابن القاسم: وإن فقد عبد فأعتقه سيده وله ولد أحرار؛ فلا يجر ولاؤهم حتى يعلم أن العتق أصابه حياً، ولا يوقف العبد ميراث من مات من ولده الأحرار[4]؛ لأنه على أصل منع الموارثة بالرق حتى يصح عتقه، وأحسن ذلك أن يدفع إلى ورثة الابن بحميل يعطونه وإنما أوقفته[5] للحر ولم أدفعه بحمالة؛ لأنه على أصل توارث الأحرار، إلا أني لا أورث بالشك[6].

وينبغي أن ينظر الإمام في مال المفقود، ويجمعه، ويوقفه كان بيد وارث أو غيره، ويوكل به من يرضاه وإن كان في ورثته من يراه لذلك أهلاً؛ أقامه له وينظر في ودائعه وقراضه.

ويقبض[7] ديونه، ولا يبرأ من دفع من غرمائه إلى ورثته، وما أسكن، أو أعار، أو آجر إلى أجل أرجئ إليه، وإن قارض إلى أجل؛ فسخ وأخذ المال، وما لحقه من دين، أو اعتراف، أو عهدة ثمن، أو عيب؛ قضي به عليه ولا يقام له وكيل، ويباع عرضه في ذلك.

وإن أقام رجل البينة أنه أوصى له، أو أسند إليه وصيته[8]؛ سمعت بينته، فإذا قضى بموته بحقيقة أو بتعمير؛ جعلت الوصي وصيه، وأعطيت الموصى له وصيته إن كان حياً، وحملها الثلث ولا أعيد البينة.

---

(1) في (ف2): (وردي).

(2) في (ف2): (على).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 5/251.

(4) قوله: (من ولده الأحرار) ساقط من (ف2).

(5) في (ف2): (دفعته).

(6) انظر: المدونة: 4/358 و359.

(7) في (م): (ويقتضي).

(8) قوله: (وصيته) زيادة من (ف2).

وكذلك إن أقامت امرأة بينة[1] أنه تزوجها؛ قضيت[2] لها كقضيتي[3] على الغائب.

وأما الأسير: فلا تؤجل امرأته، بخلاف المفقود علمنا موضع الأسر أم لا؛ لأنه معلوم أنه قد أسر، ولا يصل الإمام من كشف حاله إلى ما يفعله في المفقود، ولا تنكح امرأته إلا أن يصح موته، أو تنصره إما طائعاً، أو لا يعلم أطائعاً[4]، أو مكرهاً[5] فيفرق بينهما، ويوقف ماله، فإن مات مرتداً؛ كان[6] للمسلمين، وإن أسلم كان له، وإن تنصر مكرهاً كانت زوجته[7] في عصمته، وينفق عليها من ماله.

قال أصبغ: ومن أدرب[8] في البر إلى بلد[9] الحرب؛ فليس كالمفقود في ضرب الأجل، فأما من قلد[10] إليها في البحر؛ فكالمفقود بعد الكشف، والتربص يضرب له الأجل[11].

وقال أشهب: إنَّ المدرِب في البر إلى بلد الحرب كمفقود في بلاد الإسلام[12]. ولا أقول به.

---

(1) قوله: (امرأة بينة) يقابله في (ف2): (امرأته البينة).

(2) في (ف2): (فقضيت).

(3) في (م): (كقضيته).

(4) في (ف2): (أطائع).

(5) في (ف2): (كاره).

(6) في (م): (كان ميراثه).

(7) قوله: (زوجته) زيادة من (ف2).

(8) قال الجوهري: أدرب القوم، إذا دخلوا أرض العدو من بلاد الروم. انظر: الصحاح: 1/125.

(9) في (ف2): (دار).

(10) في (ف2): (قدم).

(11) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/248.

(12) انظر: النوادر والزيادات: 5/249، والتبصرة، للخمي، ص: 2253.

جامع العدد[1] في الطلاق أو في[2] فسخ النكاح وعدة المستحاضة، والمرتابة في طلاق أو وفاة

قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾ [سورة البقرة آية: 228]، وهي الأطهار كما ذكرت[3].

وقال سبحانه: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ﴾ إلى قوله: ﴿أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ﴾ [سورة الطلاق آية: 4].

قال مالك: [(م: 128/ب)]، وقوله: ﴿إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ﴾ [سورة المائدة آية: 106] يقول: فلم تدروا ما عدتهن[4].

وقال في المطلقات قبل البناء: ﴿فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَا﴾ [سورة الأحزاب آية: 49] فليس على المطلقات قبل البناء عدة، وأوجبها على المدخول بها في الطلاق فعدة الطلاق للحرة المسلمة، أو الكتابية من اللواتي يحضن ثلاثة قروء؛ فإن كانت أمة أو أم ولد، أو من فيها بقية رق مطلقات؛ فحيضتان كان الزوج في جميعهن حراً أو عبداً.

ومن المدونة، قال ربيعة وابن شهاب فيمن طلق في بعض شهر: إنها تعتد ثلاثة أشهر في كل شهر ثلاثين يوماً[5]؛ فإن كن لم يحضن أو يئسن من المحيض فثلاثة أشهر للأمة والحرة، إذ لا يبرأ رحم بأقل من ذلك إلا في حيض[6].

وقال[7] في كراء الدور: إنها إن طلقت، أو مات عنها في بعض شهر؛ اعتدت الشهر الأول بالأيام، وباقي الشهور بالأهلة[8].

---

(1) في (ف2): (العدة).

(2) قوله: (في) ساقط من (ف2).

(3) في (ف2): (ذكرنا).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 5/24.

(5) قوله: (ومن المدونة، قال ربيعة وابن شهاب... يوما) ساقط من (ف2).

(6) انظر: المدونة: 4/310.

(7) في (ف2): (قال).

(8) انظر: المدونة: 8/207.

ورواه ابن وهب عن مالك وذكر أنه اختلف قوله في بعض اليوم، فقال: تحسب[1] إلى مثل تلك الساعة ثم رجع فقال: تلغيه[2].

قال ابن القاسم: والمرأة لها عشرون[3] سنة، أو ثلاثون[4] لم تحض فعدتها بالأشهر[5]، ولو تقدمت لها حيضة مرة لطالبت الحيض؛ فإن لم يأتها قعدت من يوم الطلاق تسعة أشهر براءة تأخير الحيض، ثم ثلاث عدة[6] وبذلك[7] قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه[8].

قال محمد: إلا أن تعتد بالسنة من زوج قبله، فتصير ممن عدتها ثلاثة أشهر حتى يعاودها فتطالبه، أو تعاود السنة[9].

ولو حاضت في عدتها ثم رفعتها حسبت السنة من يوم انقطع دمها؛ فإن حاضت قبل كمال السنة؛ رجعت إلى الحيض؛ فإن[10] ارتفع عنها ائتنفت سنة.

يريد: من يوم انقطع الدم الثاني أيضاً[11] حتى تكمل سنة[12] لا حيض فيها، أو تتم[13] ثلاثة أطهار، وكذلك إن أصاب ذلك التي لم تحض قبل الطلاق، أو اليائسة هذا إن قلن[14] النساء فيما رأت اليائسة أنه حيض، فإن قلن: ليس بحيض.

---

(1) في (ف2): (يحسب).

(2) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 992.

(3) في (ف2): (عشرين).

(4) في (ف2): (ثلاثين).

(5) في (ف2): (بالشهور).

(6) في(ف2): (لا عدة).

(7) في (م): (كذلك).

(8) انظر: المدونة: 4/310 و311.

(9) انظر: النوادر والزيادت: 5/25.

(10) في (ف2): (ثم إن).

(11) قوله: (أيضاً) ساقط من (ف2).

(12) في (م): (منه).

(13) في (ف2): (يتم).

(14) في (م): (تبين).

أو كانت في سن من لا تحيض من بنات الثمانين، أو السبعين أكملت الثلاثة أشهر وأجزتها[1].

وذكرنا[2] تأخير حيضة الأمة[3] في البيع في باب الاستبراء.

وقال[4] محمد: والمسترابة التي تتربص سنة؛ إن حاضت بعد الطلاق، فالسنة من يوم طهرت، وإن لم تحض من يوم طلق حسبت السنة من يوم الطلاق؛ لا من يوم فقدت الحيضة المعتادة؛ فإن كان شأنها أن تحيض من سنة إلى سنة، أو إلى أكثر من سنة أو تحيض[5] من ستة أشهر إلى مثلها، فلتعتد بالسنة[6].

فإن جاء وقت الحيضة فيها، فلم تحض حلت بتمامها، أو إن مرت سنة، ولم يأت وقت حيضتها انتظرتها[7]؛ فإن[8] جاء وقتها فلم تحض؛ حلت مكانها، وإن حاضت كالغد، وإن جاء وقتها، فحاضت فيه استقبلت بعد طهرها منه[9] سنة.

قال ابن [(م: 129/أ)] القاسم: وإن اختلف الدم على المطلقة، فرأته ثم رأت طهراً يسيراً ثم الدم فهي؛ إن تمادى بها[10] ذلك كالمستحاضة إلا أن يكون بين الدمين ما لا يضاف بعضه إلى بعض فيكون حيضاً مؤتنفاً، وليس الأربعة أيام والخمسة بطهر.

وعدة المستحاضة وهي حرة أو أمة من الطلاق؛ سنة إلا أن ترتاب فتقيم إلى ذهاب الريبة.

قال: ورويَ عن مالك أن المستحاضة عدتها سنة كالحرة، وأما من الوفاة فتعتد

---

(1) انظر: المدونة: 4/311 و312.

(2) في (ف2): (وذكر).

(3) في (م): (الأم).

(4) في (ف2): (قال).

(5) قوله: (تحيض) ساقط من (ف2).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 5/25 و26.

(7) في (ف2): (انتظر بها).

(8) في (ف2): (فإذا).

(9) في (ف2): (منها).

(10) قوله: (بها) ساقط من (ف2).

عدة الوفاة، فإن استرابت من نفسها تركت الريبة[1].

ورويَ عن ابن القاسم في غير المدونة[2] أن المستحاضة في الوفاة تعتد تسعة أشهر حرة كانت أو أمة[3].

وإن كان لها قرء معلوم اعتدت به في قول ابن القاسم وروايته.

ورويَ عن مالك أن عدتها سنة على كل حال.

قال: والمرتابة بتأخير الحيض في الطلاق وهي حرة أو أمة؛ فإنها تعتد بالسنة كذلك قضى عمر فيها وفي المستحاضة.

قال ابن القاسم: فتسعة أشهر براءة للرحم، وثلاثة عدة[4].

وأما الوفاة: فهي مأمورة من يوم الوفاة بعدة الشهور، أربعة أشهر وعشر للحرة، وللأمة شهران وخمس ليال؛ فإن حدثت ريبة بتأخير الحيض أكملتا من يوم الموت تسعة أشهر، ثم قد[5] حلتا.

قال[6] محمد: وقال مالك: وعدة[7] المستحاضة الحرة[8] في الوفاة أربعة أشهر وعشر[9]، وللأمة ثلاثة أشهر، إلا أن تحس[10] ريبة فتتربص لزوالها[11].

ورويَ عنه أيضاً: أن المستحاضة في الوفاة تقيم تسعة أشهر؛ لأن استحاضتها ريبة، وإذا استرابت معتدة بحس بطن فتمادى بها جلست ما بينها، وبين خمس سنين

---

(1) انظر: المدونة: 4/314 و315.

(2) قوله: (في غير المدونة) ساقط من (م).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 5/29.

(4) انظر: المدونة: 4/313، وما بعدها.

(5) قوله: (قد) زيادة من (م).

(6) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(7) في (ف2): (عدة).

(8) قوله: (الحرة) ساقط من (ف2).

(9) في (ف2): (وعشراً).

(10) في (م): (يحس).

(11) في (ف2): (كزوالها).

فذلك أقصى كل عدة يلحق فيها ولد[1]، أو استبراء فهذا في الطلاق، والوفاة وغيره[2].

وما فسخ من نكاح فاسد، أو ذات[3] محرم أو المُنعي لها تنكح، أو أمة بغير إذن السيد؛ فالعدة في ذلك كله كعدة النكاح الصحيح، ويعتددن[4] في بيوتهن.

ولا عدة على الصبي في الطلاق إن بارأ عنه أب أو وصي، وإن جامع إذا لم يولد لمثله، وكذلك زوجة المجبوب، ولو ظهر بها حمل لم يلحق بهما، ولو ماتا لم تنقض عدتهما[5] بوضعه[6].

قال في كتاب النكاح: وتحد[7] إلا أن يكون مجبوب الذكرِ قائم الخصى، ويعلم أنه يولد لمثله فلتعتد، ويلحق به[8] الولد، وتنقضي العدة بوضعه، وتعتد زوجة الخصي في الطلاق[9].

قال يحيى: يعني القائم الذكر.

قال أشهب: تعتد منه لأنه يطأ ببقية ذكره[10]، ويتحاصنان بذلك[11].

في باب[12] آخر: إذا ولدت زوجة الخصي سئل عنه؛ فإن كان يولد لمثله لزمه، وإلا

---

(1) في (ف2): (ولدا).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 5/37 و38.

(3) في (م): (و ذات).

(4) في (ف2): (ويعتدن).

(5) في (م): (عدتها).

(6) انظر: المدونة: 4/343 و344.

(7) في (م): (ويحد).

(8) في (ف2): (فيه).

(9) انظر: المدونة: 3/368.

(10) عياض: وانظر قول أَشْهَب هنا: لأنه يصيب بما بقي من ذكره، هل من للتبعيض، ويكون بعضه؟ أو للبيان، ويريد جميعه؟ وكلاهما على مذهَبِ الكتاب. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1025.

(11) انظر: المدونة: 4/366.

(12) في (م): (كتاب).

لم يلزمه وليس على التي لا يوطأ مثلاه لصغر عدة الطلاق[1].

ولو تصادق الزوجان بعد الخلوة [(م: 129/ب)] على نفي المسيس؛ لم تسقط بذلك العدة، وإن ادعى الوطء ولا يعلم له بها خلوة؛ لم تلزمها العدة إن أنكرت المسيس، ونحو هذا في رسم إرخاء الستور، وقد تقدم ذكر عدة المرأة من زوجين.

جامع العدة في الوفاة، وذكر الانتقال من عدة إلى عدة في وفاة، أو عتق أو طلاق وعدة أم الولد من وفاة السيد، وجامع ذكر الإحداد ومن أين تحسب عدة الوفاة والطلاق؟

قال الله عز وجل: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ﴾ [سورة البقرة آية: 234] إلى آخرها.

وقال: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [سورة الطلاق آية: 4] فهذه عامة لكل معتدة، وقيل: إنها نزلت بعد الأولى.

وسن الرسول عليه السلام الإحداد[2] في عدة الوفاة؛ فعلى كل معتدة لوفاة زوج تربص أربعة أشهر وعشراً[3]؛ كانت حرة مسلمة أو كتابية؛ بنى بها ....

---

(1) في (ف2): (طلاق)، وانظر المسألة في: المدونة: 3/368.

(2) عياض: والإحداد: أصله المنع، ومنه حد الدار، أي المانع من أن يدخل فيها ما ليس منها، وحدود الله: المانعة من التزيد عليها، والحد في العقاب: المنع من فعل ما عوقب عليه، وقد يكون أيضاً كله بمعنى التقدير الذي لا يزاد فيه ولا ينقص منه.

وقد يقال فيه: حد حداً، وأحد إحدادا، وحدت المرأة وأحدت. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1000.

(3) في (ش): (وعشر)، والحديث متفق عليه: أخرجه البخاري: 5/2042، في باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا، من كتاب الطلاق، برقم (5024)، ومسلم: 2/1124، في باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام، من كتاب الطلاق، برقم (1486)، ومالك في الموطأ: 2/596، في باب ما جاء في الإحداد، من كتاب الطلاق، برقم (1245)، من حديث نافع عن زينب بنت أبي سلمة قالت ": دخلت على أم حبيبة زوج النبي ﷺ حين توفي أبوها أبو سفيان بن حرب فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت به جارية ثم مسحت بعارضيها ثم قالت والله ما لي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله ﷺ =

أو لم يبن[1]؛ طفلة كانت أو كبيرة والزوج صغير، أو كبير حر[2] أو عبد مجبوب، أم[3] سليم.

وتجبر الكتابية على العدة من المسلم مات أو طلق، وإن مات عنها ذمي بعد أن بنى بها[4]، فلا ينكحها مسلم إلا بعد ثلاث حيض؛ فإن لم يكن بنى بها نكحها مكانه في وفاة أو طلاق، ولا عدة عليها.

وعدة الأمة، وأم الولد من وفاة الزوج شهران، وخمس ليال[5].

ومن غير المدونة: قال مالك: فإن كانت الأمة لا يوطأ مثلها، أو كان يوطأ مثلها، ولم يبن بها فقد حلت، وإن كانت يوطأ مثلها ولم تحض، أو يئست من المحيض، وقد بنى بها رفعت إلى تمام ثلاثة أشهر؛ إذ[6] لا يبرأ رحم بأقل من ذلك.

قال أشهب: فإن نكحت قبل تمامها فسخ، ولا عقوبة فيه، إلا أن تنكح قبل شهرين وخمس ليال في الوفاة، وقبل شهر ونصف في الطلاق.

قال أشهب: وإن كانت ممن تحيض، فأتى للحرة في الأربعة أشهر والعشر ليال، أو للأمة في الشهرين والخمس ليال وقت حيضتها؛ فحاضتها فقد حلت بتمام العدة؛ وإن لم تأتها فهي مسترابة، فترفع الحرة والأمة إلى تسعة أشهر.

وإن كانت الحرة إنما تحيض في أكثر من أربعة أشهر وعشر، والأمة في أكثر من ثلاثة أشهر؛ حلتا بهذه الشهور؛ إلا أن تستريب من نفسها[7]، وهذا كله قد قاله مالك في المختصر.

= يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا ".

(1) قوله: (أو لم يبن) يقابله في (ف2): (أم لا).

(2) قوله: (حر) ساقط من (م).

(3) في (ش): (أو).

(4) قوله: (بها) زيادة من (ف2).

(5) انظر: الموطأ: 2/593، والمدونة: 4/328 و329.

(6) في (م): (إذا).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 5/29 و30.

ومن المدونة: وعدة أم الولد من وفاة سيدها حيضة، قاله ابن عمر وزيد وكثير من السلف[1].

ولو مات السيد في أولها، أو مات في غيبة طويلة؛ لم يكن يصل إليها فلا بد لها من ائتناف حيضة؛ لأنها لها عدة بخلاف استبراء الملك، ولقوة الاختلاف فيها إذ قيل: إن عليها [م: 130/أ] عدة الحرة في الوفاة، وهي لو استمرت حاملاً؛ لألحقته بالسيد مات في حضر أو سفر، ولا إحداد عليها في هذه الحيضة، وأكره المواعدة فيها.

ولو اعتدت[2] أم الولد من وفاة زوج، وحلت فلم يقربها السيد حتى مات؛ فعليها حيضة، وإن لم تكن من ذوات الحيض فثلاثة أشهر[3].

وإن كان سيدها ببلد يعلم أنه لم يقدم منذ وفاة الزوج؛ ألا ترى أنها[4] لو تمت عدتها منه، ثم أتت بولد زعمت أنه من السيد للحق به؛ إلا أن يزعم السيد أنه لم يطأها[5] بعد الزوج فيبرأ منه[6].

قال:[7] ولو[8] مات السيد، وهي تحت الزوج فلا عدة عليها، ولو مات السيد والزوج، فلم يعلم أو لهما موتاً؛ فإن كان بين الموتين أقل من شهرين، وخمس ليال، فعليها أربعة أشهر وعشراً[9]، وإن كان بينهما أكثر، أو لم يعلم كم بينهما فعليها مع[10]

---

(1) انظر: المدونة: 4/ 333 و334.

(2) في (م): (اعتبرت).

(3) انظر: المدونة: 4/330، ومابعدها.

(4) في (م): (أنه).

(5) في (م): (يطأ).

(6) عياض: عارض بعض هم هذه المسألة بها في كتاب النكاح الثاني والاستبراء إذا اشترى أختها بعد أن زوجها ثم رجعت إليه أن ذلك لا يمنع السيد من وطئ أختها، وبهذا عارضها - والله أعلم - سحنون، وقال في المسألة الأولى: لا يلحق به الولد إلا أن يعلم منه إقرار بالوطء. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1008.

(7) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(8) في (ف2): (وإن).

(9) في (م): (وعشر).

(10) في (ف2): (في).

ذلك حيضة[1]، ولا أورثها من الزوج الحر بالشك؛ حتى يعلم أن السيد أولهما موتاً، وكل امرأة حامل من جميع من ذكرنا، فالوضع تمام عدتها، واستبرائها في وفاة سيد أو زوج أو غير ذلك، وهذا إذا كان الولد منه[2].

---

(1) عياض: مسألة أم الولد يموت زوجها وسيدها ولا يعلم أولهما موتا: إنها تعتد أربعة أشهر وعشرا مع حيضة مخافة أن يكون السيد مات أولا فتكون حرة يلزمها عدة الحرائر أو يكون مات آخرا وحلت له، فتلزمها حيضة منه. ولهذا قال سحنون: وذلك إذا كان بين الموتتين أكثر من شهرين وخمس ليال، وأما إن كان بين الموتتين أقل من شهرين وخمسة أيام، فإنها تعتد أربعة أشهر وعشرا؛ لأنه إن لم يكن بين الموتتين أكثر من ذلك لم تحل للسيد قط، فلا تلزمها الحيضة.
قال أبو القاسم بن شَبْلون: وكذلك لو تحقق أن بين الموتتين شهران وخمسة أيام لا أكثر لكان لها حكم الأول؛ لأنه لم يمض وقت تحل... فيه للسيد.
قال غيره: ولو جهل مقدار ما بينهما هل هو أقل من ذلك أو أكثر لكانت كما لو حقق أنه أكثر، ولزم الأخذ بالأحوط أربعة أشهر وعشرا والحيضة.
قال أبو عِمرَان: وقول سحنون هذا مطابق لقول ابن القاسم وتفسير له.
وذهب بعض الشيوخ إلى أن جوابه هذا على غير أصل ابن القاسم في الأمة تباع فيرتفع دمها؛ فمذهب ابن القاسم أنه تبرئها ثلاثة أشهر، فكذلك هذه كانت تجزئها على هذا عن الحيضة الأربعة الأشهر والعشر، فإنما يأتي جوابه على أصل ابن وَهْب في مسألة الأمة أنها تنتظر مجيء الدم أو تسعة أشهر.
وقال غيره: ليس هذا بصواب، والحيضة - هٰهنا - في أم الولد عدة لقوة الاختلاف فيها، فلا بد - هنا - من مطالبة أقصى الأجلين، وهذا كقول ابن القاسم فيمن نكح في عدة وفاة ودخل بها فعليها أقصى الأجلين من العدتين، الأربعة الأشهر والثلاث الحيض.
قال القاضي:: وهذا صحيح ولا يشبه هذه الأمة المبيعة التي مثل بها ذاك؛ لأن تلك الاستبراء فيها كله واحد من واحد، وهذه من الاثنين كالمتزوجة في العدة والمنعي لها زوجها وأشباه هذا مما فيه عدتان من اثنين، فلا خلاف أنها تطلب أقصى الأجلين على أصله، ومسألة المرتابة لم يختلف فيها؛ لأنها عدة واحدة من زوج واحد.
وقال أبو القاسم بن محرز: إن كانت هذه الأمة ممن عادتها أن ترى حيضها في هذه الأشهر، فإن رأتها أجزأت عنها، وإن لم ترها طلبتها أو بلغت إلى تسعة أشهر كالمسترابة، وإن كانت عادة تلك أنها لا ترى الحيض إلا في أكثر من ذلك فلا بد لها من طلبها؛ يريد وإن لم ترها تمادت إلى تسعة أشهر، إلا أن تكون إنما تراها بعد التسعة أشهر فتطلبها أبدا. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1005، وما بعدها.

(2) انظر: المدونة: 4/ 331، وما بعدها.

والملاعنة خاصة تحل بالوضع، وإن لم يلحقه[1] بالزوج.

وعدة المتوفى عنها زوجها من يوم موته لا من يوم بلغها، وكذلك[2] من يوم الطلاق في الغائب، يطلق إن قامت على يوم الطلاق بينة، وإن لم يبلغها موته أو طلاقه حتى انقضت العدة، فقد حلت من العدة والإحداد.

وإن لم يعلم الطلاق إلا بقوله، فالعدة من يوم إقراره،ولا رجعة له في دون الثلاث، إذا تمت العدة من يوم دعواه، وترثه في العدة المؤتنفة، ولا يرثها.

وإن كان بتاتاً لم يتوارثا[3] بحال، ولا يرجع عليها بما أنفقت من ماله بعد طلاقه قبل علمها؛ لأنه فرَّط[4].

قال في غير المدونة: وأما في الموت فللورثة الرجوع عليها.

وإن علم بعد وفاة الزوج بفساد نكاحه، وأنه مما لا يُقرّان عليه، أو قد كان حلف بطلاقها إن تزوجها؛ فلا عدة، ولا إحداد عليها، وعليها استبراء بثلاث حيض إن بنى بها، ويلحقه ولدها ولا ميراث لها[5].

وإذا مات الزوج في عدة من طلاق[6] غير بائن، والطلاق في صحته، أو في مرضه[7] انتقلت إلى عدة الوفاة وورثته.

وإن مات في العدة من طلاق بائن في صحته بَنَتْ، ولم ترثه ولم تنقل إلى عدة الوفاة، وإن مات بعد العدة، والطلاق بائن أو غير بائن، فلا عدة عليها لوفاته.

قال سليمان بن يسار، ويحيى بن سعيد في المطلقة دون البتات يموت الزوج في العدة: إن عليها أقصى الأجلين[8].

---

(1) في (م): (يلحق).

(2) في (م): (أو كذلك).

(3) في (ف2): (يرثها).

(4) انظر: المدونة: 4/316 و317.

(5) انظر: المدونة: 4/366 و367.

(6) في (م): (الطلاق).

(7) في (ف2): (مرض).

(8) انظر: المدونة: 4/316.

وفي كتاب ابن المواز: إن الموت يهدم العدة كما تهدمها الرجعة، وإن طلقها في مرض[1] قبل البناء، ولم تعتد لطلاقه [(م: 130/ب)] ولا لوفاته[2].

وإن مات زوج الملاعنة في العدة؛ لم تنتقل إلى عدة الوفاة.

وإن أسلمت ذمية تحت ذمي ثم مات؛ لم تنتقل.

كذلك أمة طلقها زوجها طلاقاً بائناً، أو غير بائن أو طلقت عليه بإيلاء، أو مات عنها، وهو عبد أو حرٌّ، ثم عتقت في إحدى[3] هذه العِدَدْ، فإنها لا تنتقل[4] إلى عدة الحرائر.

ومن[5] الأيمان بالطلاق: وإن قال: إن تزوجت فلانة، فهي طالق ثلاثاً فتزوجها وبنى بها، ثم مات لم تنتقل إلى عدة الوفاة، ولتتم ثلاث حيض[6].

محمد: قال مالك: ومن طلق زوجته واحدة ثم ارتجعها[7]، فلم يطأها حتى طلقها ثانية، فلتأتنف العدة، ولو خالعها ثم نكحها فلم يطأها حتى طلق فلتبن على عدتها، ولو نكحها بعد الخلع، ثم مات قبل البناء كان عليها أقصى الأجلين، مع الإحداد من يوم موته[8].

ومن كتاب[9] العدة: وعلى كل معتدة في الوفاة الإحداد، وإن كانت صغيرة أو ذمية تحت مسلم[10].

قال ابن نافع: ليس على الكتابية إحداد.

---

(1) في (ف2): (مرضه).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 5/35.

(3) في (ف2): (أحد).

(4) في (م): (تنقل).

(5) في (م): (من).

(6) انظر: المدونة: 5/17.

(7) في (ف2): (ارتجع).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 5/35.

(9) قوله: (كتاب) ساقط من (ف2).

(10) انظر: المدونة: 4/326 و327.

وعلى الأمة الإحداد وليس لساداتها منعها منه وتعتد عندهم، إلا أن تبوأ مع الزوج بيتاً، ويخرجوها[1] للبيع، ولا يزينونها له بما لا تلبسه الحاد[2] من حلي، أو غيره.

ولا إحداد على مطلقة ببتات أو واحدة، ولا تلبس الحاد شيئاً من الصباغ.

قال عروة: إلا ما يصبغ[3] بسواد، وقاله مالك، ولا تلبس[4] رقيق عصب[5] اليمن.

ووسع في غليظه، وتلبس رقيق البياض كله، وغليظه من الحرير والكتان[6] والقطن، ولا تلبس خزاً[7].

قال مالك في المختصر: إلا الأبيض منه، أو الأسود[8].

قال ابن القاسم: ولا ما صبغ من ثياب، أو جباب حرير، أو كتان أو صوف، وإن كان أخضر أو أدكن إلا ألا تجد غيره، ويكون بموضع لا يجد استبدالاً، وإن وجدت بدلاً ببيع فليس ذلك لها، ولا تلبس حلياً، ولا[9] قرطاً ولا خاتماً، ولا خلخالاً ولا سواراً.

قال مالك:[10] ولا تلبس[11] خاتم حديد، ....

---

(1) في (م): (ويخرجونها).

(2) في (فـ2): (الخادم).

(3) قوله: (ما يصبغ) يقابله في (م): (أن تصبغ).

(4) في (فـ2): (يلبس).

(5) عياض: والبُرود والعَصْب: من ثياب اليمن، تفسر في الجنائز. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1002.

(6) قوله: (والكتان) ساقط من (م).

(7) انظر: المدونة: 318/4، وما بعدها.

(8) انظر: المختصر الكبير، لابن عبد الحكم: (عن لباس الخز وصبغ السواد؛ فقلت: ما أراه حراماً، وتركه أحب إليَّ).

(9) في (فـ2): (لا).

(10) قوله: (قال مالك) ساقط من (فـ2).

(11) قوله: (تلبس) ساقط من (م).

ولا خرص[1] ذهب أو[2] فضة، ولا تمس طيباً[3].

قال[4] ربيعة: ولا تحنط ميتاً، ولا تدهن بزنبق[5] أو بنفسج أو خِيري[6]، وتدهن بالشيرق[7] والزيت، ولا تمتشط بدهن مربَّب[8]، ولا حناء ولا كتَم[9]، ولا ما يختمر في

(1) قال ابن منظور (والخُرْص والخِرْص القُرْط بحَبّة واحدةٍ وقيل هي الحلْقة من الذهب والفضة والجمعُ خِرَصةٌ والخُرْصة لغة فيها.
وفي الحديث أن النبي ﷺ وَعَظَ النِّساءَ وحثَّهُنَّ على الصدقة فجعلت المرأَة تُلْقي الخُرْصَ والخاتمَ.
قال شمر: الخُرْص الحلْقة الصغيرة من الحَلْي كهيئة القُرْط وغيرها والجمع الخُرْصان.
وفي الحديث: «أيما امرأَةٍ جَعَلَتْ في أُذُنها خُرْصاً من ذهب جُعِل في أذنها مِثله خرصا من النار».
الخُرص والخِرص بالضم والكسر: حلْقة صغيرة من الحَلْي وهي من حَلْي الأُذُن، قيل: كان هذا قبل النسخ فإِنه قد ثبت إِباحةُ الذهب للنساء، وقيل: هو خاصٌّ بمن لم تؤدّ زكاةَ حَلْيها).
انظر: لسان العرب: 7/21.

(2) في (ف2): (ولا).

(3) قوله: (ولا تمس طيبا) ساقط من (ف2).

(4) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(5) عياض: والزَّنبق - بفتح الزاي بعده نون - دهن مطيب. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1002.

(6) عياض: (والخِيري، بالخاء المعجمة المكسورة). اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1002.

(7) في المدونة (زايد)، وتهذيب البراذعي: (الشيرج).
عياض: (والحَل هنا بالحاء المُهمَلَة المفتوحة، وهو الشِّيرَق بكسر الشين المعجمة وآخره قاف ويقال بالجيم - أيضا -: وهو دهن السمسم). اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1002.

(8) عياض (والأدهان المربَّبَة، بباءين كلاهما بواحدة). اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1002.
قال ابن منظور: ورَبَبْتُ الدُّهْنَ طَيَّبْتُه وأَجدتُه وقال اللحياني رَبَبْتُ الدُّهْنَ غَذَوْتُه بالياسَمينِ أَو بعض الرَّياحِينِ قال ويجوز فيه رَبَّبْتُه ودُهْنٌ مُرَبَّبٌ إِذا رُبِّبَ الحَبُّ الذي اتُّخِذَ منه بالطِّيبِ والرُّبُّ الطِّلاءُ الخاثِر. انظر: لسان العرب: 1/403.

(9) عياض: والكتَم، بفتح التاء: الوَسِمَة التي يصبغ بها الشعر، وقال أبو عبيد: هو الكتَّم بتشديد التاء وهو يدهم حمرة الشعر ولا يسوده كما زعم بعضهم ممن أخطأ في ذلك. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1002و1003.

رأسها[1]، وتمتشط بالسدر، وشبهه مما لا يختمر في رأسها، ولا تكتحل إلا من ضرورة فلا بأس به، وإن كان فيه طيب.

قال ابن عمر: ولا تختضب.

وسبيل الصغيرة، والأمة وأم الولد والمدبرة والمكاتبة[2] سبيل غيرهن في الإحداد، ولزوم العدة من الأزواج[3].

قال[4] مالك: في عدة امرأة المفقود الإحداد، وقال ابن الماجشون: لا إحداد عليها[5].

وليس على أم الولد في الحيضة من وفاة سيدها إحداد. [(م: 131/أ)]

في[6] سكنى المعتدات، ونفقة المطلقات

أوجب الله سبحانه السكنى لكل مطلقة بقوله: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ﴾ [سورة الطلاق آية: 6]، وقال تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [سورة الطلاق آية: 1]، يقول: في العدة[7]، وقال الرسول ﷺ في المبتوتة: «**لا نفقة لها**».

فأما ذوات الحمل، فلهن النفقة كان الطلاق ثلاثاً، أو واحدةً لقول الله سبحانه: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [سورة الطلاق آية: 6]، فكل بائنة بطلاق، أو بتات أو بخلع أو بقضاء ونحوه، فلا نفقة لها ولا كسوة إلا في الحمل البين، فذلك لها ما أقامت حاملاً، إلا أن تبرئه من ذلك.

---

(1) قوله: (في رأسها) ساقط من (ف2).

(2) في (م): (الكتابية).

(3) انظر: المدونة: 4/320، وما بعدها.

(4) في (ف2): (وقال).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 5/43.

(6) قوله: (في) ساقط من (ف2).

(7) في (ف2): (العدد).

ولكل بائنة ببتات، أو خلع السكنى ما دامت في العدة، وكذلك في الريبة حتى تحل، والحامل حتى تضع.

وكذلك يجب السكنى في فسخ النكاح الفاسد، أو ذات محرم بقرابة، أو رضاع أو الملاعنة، أو المطلقة عند أجل الإيلاء، أو عند أجل العنين أو امرأة المنعي يقدم، وقد دخل الثاني بها؛ فعليه السكنى في فسخ نكاحه.

وللكتابية إن أسلمت تحت الكتابي السكنى في العدة.

وكذلك إن كانا مجوسيين فأسلم الزوج ووقعت[1] الفرقة، وقد بنى بها[2] فلها السكنى[3].

ولا سكنى للأمة إن طلقت[4]، أو اختارت بالعتق نفسها من عصمة عبد، إلا أن تكون بوئت[5] مع الزوج بيتاً فلها السكنى، وإن لم تبوأ معه بيتاً، فلتعتد عند سيدها.

ولو عتق العبد أو انهدم المسكن في العدة، ولم تبوأ معه بيتاً، فلا سكنى عليه[6].

وللكتابية الحرة على الزوج المسلم من السكنى، والنفقة ما للمسلمة.

وللمتوفى عنها زوجها السكنى في العدة، إن كانت دار الميت، أو بكراء قد نقده وإلا فالكراء في مالها، ولا تخرج إلا أن يخرجها ربها، أو يطلب ما لا يشبه من الكراء، فإن أخرجت أقامت بموضع تنتقل إليه لا تخرج منه، وهي أحق بسكنى دار الميت من غرمائه، وتباع ويشترط سكناها[7]، وهي أحق منهم بما نقد كراءه.

---

(1) في (م): (وقعت).

(2) قوله: (بنى) ساقط من (م).

(3) انظر: المدونة: 100/4.

(4) في (م): (طاقت).

(5) في (م): (تتبوأ).

(6) انظر: المدونة: 399/4.

(7) عياض: وقوله في (المتوفى عنها يتركها الميت في داره فتباع تلك الدار للغرماء ويشترط السكنى على المشتري) إنما يشترط ههنا على مذهَبِ الكتاب العدة المعلومة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1033.

ولا نفقة لحامل في الوفاة، ولو طلقها بتاتاً، أو واحدة بائنة فلزمه السكنى، ثم مات في العدة، فقد وجب لها السكنى في مال الزوج ديناً قبل الوفاة؛ بخلاف المتوفى عنها.

وروى ابن نافع عن مالك أنهما سواء(1).

قال يحيى: كما تنقطع النفقة بموته عن الحامل المبتوتة(2).

ولو طلقها وهو في بيت بكراء، فأفلس قبل انقضاء العدة، فلرب الدار إخراجها(3)، ولا ينقطع ما وجب من السكنى لمطلقة، أو متوفى عنها زوجها، وبها ريبة حتى تزول الريبة(4).

وللمستحاضة السكنى في عدتها، ولأم [(م: 131/ب)] الولد السكنى في الحيضة؛ إن مات السيد أو أعتقها.

---

(1) انظر: المدونة: 4/396.

(2) قوله: (المبتوتة) زيادة من (م).

(3) عياض: وقوله في (أهل الدار إذا أرادوا أن يخرجوها، فذلك لهم إذا انقضى الكراء).
معناه إذا كان إخراجهم لحاجة لهم للدار من سكنى أو بناء أو شبه هذا.
كذا فسره ابن كنانة في المدنية والمبسوطة؟
قال: وليس لرب المنزل أن يخرجها إلا لعذر مجحف يخافه على داره إن تركت فيها، وليس لهم أن يتزيدوا عليها في الكراء أوالمسكن لها بالكراء الذي كان يتكاراه زوجها.
ومعناه عندي أن يكون ذلك من قبل أنفسهم، وأما لو... جاءهم من يكتريها بأكثر كان لهم إخراجها إلا أن تلتزم الزيادة هي أو الزوج ولا خلاف أن أهل الدار متى تركوها بكراء مثلها أنه لازم للزوج في الطَّلاق، ولها في الوفاة وبيانه في الكتاب بعد هذا.
وقول مروان: (أجل هي أمرتهم بذلك)؛ أي نعم. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1028.

(4) عياض: ولو اشترط أقصى ما تمسك النساء الريبة لم يجز النقد فيها على مذهَبِ الكتاب وجاز العقد، وعلى ما في كتاب محمد يجوز العقد والنقد، وعلى ما في المدونة لابن شهاب، وعلى هذا الشرط إن ذهبت الريبة قبل الأجل كانت الدار بقية الأجل للورثة.
ولو كان العقد على أن تزول الريبة قربت أو بعدت لم يجز على كل قول، للغرر وجهالة وقت قبض الدار وابن عبد الحكم لا يجيز اشتراط العدة بوجه من هذه الوجوه. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1033و1034.

واستحب مالك لها ألا تبيت في غير بيتها،وكل شيء تحبس عليه فيه[1] من عدة أو استبراء فلها فيه السكنى[2].

محمد: قال ابن القاسم: إن لم تكن حاملاً، فلا سكنى لها، ورآها لها[3] أشهب استحساناً من غير إيجاب.

قال ابن القاسم: فإن كانت حاملاً، فلها السكنى والنفقة؛ إن أعتقها ولها إن تبيت في غير بيتها مات السيد[4]، أو أعتقها.

وقال أصبغ مثل قول أشهب وأشد، ويرى ذلك عليها ولها[5].

قالوا[6]: وإن كانت حاملاً في الوفاة فلها السكنى، ولا نفقة لها، ولا سكنى لصغيرة لا يوطأ مثلها إن طلقت، وإن بنى بها إذ لا عدة عليها في ذلك، ولها السكنى في الوفاة، إن كان ضمها إليه والمنزل له أو نقد كراءه، وإن لم يكن نقلها فلتعتد عند أهلها[7].

وتعتد المرأة في الطلاق والوفاة في بيتها.

ولا تنتقل منه إلا لضرر، لا قرار معه من خوف سقوطه، أو خوف لصوص بقرية لا مسلمين فيها ونحوه.

ولا تنتقل لضرر جوار ولتستأذن الإمام، والمنتقلة لعذر يلزمها المقام حيث[8] انتقلت، وكذلك إلى منزل ثالث لعذر فلتقم فيه، فإن[9] انتقلت بغير[10] عذر ردها

---

(1) قوله: (فيه) زيادة من (ف2).

(2) انظر: المدونة: 4/399 و400.

(3) في (م): (ورواه).

(4) في (ف2): (سيدها).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 5/48.

(6) في (ف2): (وقالوا).

(7) انظر: المدونة: 4/391 و392.

(8) في (م): (بحيث).

(9) في (ف2): (وإن).

(10) في (ف2): (لغير).

الإمام بالقضاء، ولا كراء لها[1] فيما أقامت في غيره، وعليه كراء ما انتقلت إليه لعذر.

فإن[2] دعته إلى مسكن ودعا الزوج إلى غيره؛ فذلك لها إلا أن تدعوه إلى ما يضر به لكثرة كراء أو سكنى فتمنع[3]، ولو أسقطت الكراء عنه لسكنت حيث شاءت[4].

وامرأة الأمير المعتدة لا يخرجها الأمير القادم، حتى تنقضي عدتها[5]، وكذلك من حبست عليه دار ثم على آخر بعده فهلك الأول.

وليس لأهل الصبية مثلها يجامع أن ينقلوها إليهم في العدة.

ولو خرج بها[6] أبواها لحج، أو ارتحال من بلد لسكنى غيره فليس ذلك لهما[7] وذلك لسادات الأمة المعتدة في رفض البلد.

وتعتد الأمة حيث كانت إن بوئت[8] بيتاً ففيه، وإلا عند أهلها، وإن أخرجوها جبروا على ردها، إلا أن ينتقلوا من البلد، وإن باعوها شرطوا ألا تخرج حتى تنقضي عدتها[9]، وتعتد

---

(1) قوله: (لها) ساقط من (م).

(2) في (ف2): (وإن).

(3) قوله: (سكنى فتمنع) يقابله في (ف2): (السكنى فيمنع).

(4) انظر: المدونة: 4/367، وما بعدها.

(5) في (ف2): (العدة).

(6) قوله: (بها) ساقط من (ف2).

(7) انظر: المدونة: 4/373.

(8) في (م): (أو بوئت).

(9) عياض: وقوله في (الأمة الحادة إن باعوها: يبيعونها ممن لا يخرجها من موضع عدتها).

وقال في باب آخر: (إذا انتقل أهلها انتقلوا بها).

قال بعضهم: هذا خلاف إذا كان لهم هم الخروج بها، فكيف لا يجوز للمشتري ذلك؟ وإلى نحوه أشار حمديس.

وقال غيره: إنما قال: لا يخرجها أي من موضع عدتها كالبائعين، فإذا أرادوا الانتقال انتقلوا بها كما ذلك للبائعين.

وقيل: لا يبيعونها ممن لا يَرِع عن ذلك ولا يلتزم إبقاءها ممن لا يتقي الله في ذلك.

وقيل: ينتقلها ربها الأول للضرورة ولا يبيعها إلا ممن لا ينقلها، إذ لا ضرورة في ذلك وقيل: إنما ينتقلون بها إذا كانت غير مبوأة معه بيتا، فإن بوئت معه بيتا لم يكن لهم ذلك، وهو معنى ما يأتي آخر =

البكر في الوفاة عند أبويها، وتجبر الذمية في العدة[1] من مسلم على العدة في بيتها.

ولا تبيت معتدة من وفاة أو طلاق إلا في بيتها، ولها التصرف في نهارها والخروج قبل الفجر بيسير، وإن لم ترجع إلا بعد الغروب إلى العتمة.

وقال رسول الله ﷺ للمعتدات المتجاورات في دار: «**تحدثن عند إحداكن ما بدا لكن، فإذا أردتن النوم، فلتؤب كل امرأة إلى بيتها**»[2].

ولا تحج معتدة وإن كانت صرورة[3]، وحكم المبتوتة حكم طلاق الرجعة فيما ذكرنا، ولا إذن للزوج [(م: 132/أ)] في خروجها.

وتبيت المعتدة من دارها، حيث كانت تبيت قبل ذلك في مشتاتها، أو[4] مصيفها.

ولو كان في الدار بيوت، وفي[5] أحدها متاعها، وسكناها فلتعد فيه، وتبيت من بيتها هذا وأسطوانها، وساحة حجرتها حيث شاءت، وإن كانت في مقاصير تجمعها دار عظمى، لم تبت إلا في مقصورتها التي في يديها، وعلى الزوج أن ينتقل من بيتها في طلاق =

الكتاب ومعنى ما هٰهنا لم تبوأ معه بيتا، فيمن بوئت، وهو منصوص في كتاب محمد، ويكون وفاقا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1001و1002.

(1) قوله: (في العدة) ساقط من (ف2).

(2) انظر: المدونة: 4/373، وما بعدها، والحديث مرسل ضعيف: أخرجه البيهقي: 7/436، في باب كيفية سكنى المطلقة والمتوفى عنها، من كتاب العدد، برقم: 15289، وانظر البدر المنير: 8/253.

(3) عياض: والصَّرورة في الحج، بالصاد المهملة وهي التي لم تحج حجة الفريضة، وتفريقه في الكتاب في التي تخرج إلى الحج في عدتها بين عضهم إلى أن ذلك في الفرض دون النفل، وأن النفل ترجع فيه وإن بعدت، كخروجها إلى الغزو والطلب بحق الرباط، وإليه نحا أبو بكر بن عبد الرحمن وسوى غيره بين الفرض والنفل، بخلاف الغزو والرباط، وفرق بين ذلك بفرق ضعيف والأول أصوَب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1031، وما بعدها.

(4) في (ف2): (و).

(5) في (ف2): (في).

بائن، أو غير بائن، ولا يقيم معها في حجرة.

ولا بأس أن تنتقل في أحد بيوت الدار الجامعة، ولا يدخل عليها فيما فيه الرجعة حتى يرتجع[1].

وتنتوي[2] البدوية مع أهلها حيث انتووا؛ لا حيث انتوى أهل الزوج، وتقيم هناك بقية العدة، ولا تنتوي من قرار[3].

قال يحيى: يريد بالبدوية التي تنتوي مع أهلها أنهم[4] أهل الخصوص[5].

وإن تبدى زوجها فمات رجعت إلى العدة[6] في بيتها.

وكذلك في زيارة مسيرة أيام، أو إلى مثل الحصاد والسواحل؛ لإقامة الأشهر، والرجوع أو الرباط لمقام أشهر، أو سنة ثم يرجع فمات هناك، فلترجع إلى بيتها؛ فإن خرج بها على رفض سكنى موضعه اعتدت بموضع نقلها إليه.

فإن[7] مات في الطريق، وهي أقرب إلى الموضع الأول، أو الثاني فلها المسير[8] إلى أيهما شاءت، أو المقام بموضع موته، أو تعدل إلى حيث شاءت، فتتم هناك عدتها لأنه مات، ولا قرار لها لرفض قراره، ولم تصل[9] بعد إلى قرار، وكذلك هذا كله في الطلاق، وهي كمعتدة أخرجها أهل الدار، أو بمنزلة التي أخرج[10] زوجها من منزل بكراء، فانتقلت إلى أهلها لتكتري[11] سواه فمات ولم يكتر منزلاً؛ فلتعتد حيث شاءت.

---

(1) انظر: المدونة: 378، وما بعدها.

(2) عياض: أي ترحل وتبعد، من النوى وهو البعد. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1030.

(3) انظر: المدونة: 4/373 و374.

(4) في (ف2): (التي من).

(5) في (م): (الحصون)، وانظر المسألة في: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1030.

(6) قوله: (إلى العدة) يقابله في (ف2): (للعدة).

(7) في (ف2): (وإن).

(8) في (ف2): (المصير).

(9) في (ف2): (يصل).

(10) في (ف2): (خرج).

(11) في (م): (ليكتري).

وإن[1] مات في مخرجها إلى الحج، وقد سارت[2] اليومين والثلاثة، وما قرب فلترجع[3].

وترجع من مَلَل[4]وذي الحليفة عن المدينة، وردهن عمر[5] من البيداء[6].

ولا يفسخ كراء كريها ولتكرى[7] الإبل في مثل ما اكترت[8]، ولو أبعدت كإفريقية من الأندلس أو المدينة من مصر نفذت، وأما إذا أحرمت فلتنفذ قربت، أو بعدت ثم إن رجعت في بقية العدة أتمتها في بيتها، وإن خرجت لحاجة من قبض دين، أو ميراث أو خرج بها لا يريد انتقالاً، فلترجع قربت أو بعدت أو قد وصلت، ولا ترجع إذا أبعدت إلا مع ثقة، وإلا قعدت حتى تجد ثقة، وكل من أمرتها بالرجوع إلى بيتها، فكانت لا تصل حتى تنقضي العدة، فلا ترجع،ولتقم بموضعها أو حيث شاءت، إلا أن تعلم في التقدير أنه تبقى من عدتها بقية بعد وصولها؛ فلترجع[9].

وكذلك في الطلاق البائن أو غيره، وإذا كانت المعتدة في مسكن بكراء، فلم تطلب به الزوج إلا بعد العدة [(م: 132/ب)]، أو لم يفارقها فطلبته به بعد تمام السكنى فذلك لها؛ إن كان يوم سكنت ملياً وتتبعه به ديناً، وإن كان يوم السكنى عديماً؛ فلا شيء عليه، ولا سكنى على معدم[10] في عدة أو عصمة إلا أن يوسر[11]، والعدة أو

---

(1) في (ف2): (ولو).

(2) في (م): (صارت).

(3) انظر: المدونة: 4/ 381 و382.

(4) عياض: ومَلَل بفتح الميم واللام على ثمانية عشر ميلاً من المدينة. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1033.

(5) قوله: (عمر) زيادة من (ف2).

(6) انظر: المدونة: 4/386 و387.

(7) في (م): (ولتكن).

(8) في (): (أكرت).

(9) انظر: المدونة: 4/384، وما بعدها.

(10) في (م): (عديم).

(11) في (ف2): (ييسر).

العصمة[1] قائمة، فتلزمه[2] من يوم يسره فقط.

وإذا[3] ادعى الزوج انقضاء العدة، لم أصدقه في قطع السكنى عن المبتوتة، أو قطعها مع النفقة عن غير المبتوتة.

وإن خلا بصغيرة يجامع مثلها في بيت أهلها فقال: لم أطأ فصدقته، أو كذبته فالقول قوله في طرح السكنى، كما أقبله في نصف الصداق، وعليها العدة، وحيث يجب جميع الصداق يجب السكنى[4]، إلا أنه إن لم يعلم له بها خلوة؛ فلا عدة عليها في طلاق، وإن ادعى المسيس[5].

وكل معتدة في طلاق ببتات، أو خلع أو صلح أو نكاح فسخ[6]، أو ما يطلق بالقضاء، فلا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً.

وكل طلاق فيه الرجعة، وعقده[7] صحيح فلها النفقة فيه، وإن لم تكن حاملاً.

وكل حامل في طلاق بائن، أو فسخ أو غيره، فلها النفقة والكسوة في الحمل، وإن

---

(1) قوله: (والعدة أو العصمة) يقابله في (ف2): (في العدة والعصمة).

(2) في (ف2): (فيلزمه).

(3) في (ف2): (وإن).

(4) عياض: وقوله: وحيث ما وجب الصداق كاملا وجب السكنى.

قال بعض الشيوخ: هذا كلام ينكسر ولا يطرد؛ إذ قد يجب جميع الصداق، ولا يجب السكنى مثل المدخول بها عند أهلها، والأمة تطلق بعد البناء ولم تبوأ مع الزوج مسكنا.

قال القاضي: تأمل قوله في الكتاب أول المسألة في التي خلا بها في بيت أهلها، ولم يبن بها إلا أنهم أخلوه وإياها - يريد دخول غير اهتداء، وأنكر الجماع عليها العدة ولا سكنى لها؛ لأنها قد أقرت أنه لا سكنى لها ثم ذكر إذا ادعت ذلك وأنكره هو: لا سكنى لها، وإنما عليه نصف الصداق - ثم قال: وإنما يكون عليه السكنى إذا وجب الصداق.

فظاهره خلاف ما ذكر هذا الشيخ، ولكن الفقه ما ذكره؛ لأن هذه لم يستقر له معها سكنى، ولا كان دخول اهتداء، فيكون ابتداء سكنى. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1036.

(5) انظر: المدونة: 4/390 و391.

(6) في (م): (يفسخ).

(7) في (ف2): (عقده).

اتسع أخدمها، وذلك بقدر اليسر والعسر؛ ما لم تبرئه المختلعة من النفقة.

وأما الملاعنة فلا نفقة لها في الحمل[1].

وليس للأمة الحامل نفقة على الزوج إذ الولد رق لغيره كان الزوج حراً أو عبداً، وكذلك حرة طلقها عبد، إلا أن يعتق قبل الوضع فينفق على الحرة من يومئذ، وإن كانت أمة فلا إلا أن تعتق هي أيضاً بعد عتقه.

ومن أعتق أم ولده وهي حامل منه، فلها نفقة الحمل.

وكل طلاق فيه الرجعة فللزوج فيه النفقة كانت حاملاً أم لا[2].

وكذلك إن طلق عليه السلطان بالإيلاء إذ فيه الرجعة.

وقال[3] في كتاب الخلع: وإذا مات قبل الوضع في طلاق بائن، أو قبل انقضاء العدة في طلاق غير بائن انقطعت النفقة[4].

ولا نفقة للحامل[5] في الوفاة.

وللمرتدة الحامل السكنى[6]، والنفقة فإن لم تكن حاملاً لم تؤخر واستتيبت[7]،

---

(1) انظر: المدونة: 4/394.

(2) انظر: المدونة: 4/389.

(3) في (ف2): (قال).

(4) انظر: المدونة: 4/164.

(5) في (ف2): (لحامل).

(6) عياض: ومسألة سكنى المرتدة الحامل، قال في السؤال: ألها السكنى، والنفقة؟ قال: نعم؛ لأن الولد يلحق بأبيه، فمن هنالك لزمته النفقة)، فحمل بعضهم هذا أن الجواب في النفقة وحدها ولم يُجب عن السكنى؛ إذ هي مسجونة على ما قاله ابن اللباد.

واختصره المختصرون أن النفقة والسكنى لها؛ لقوله: نعم في أول الجواب بعد السؤال عنهما.

وقيل: معنى هذه السكنى إن غفل عن سجنها.

وقد يقال: إن ذلك إذا كان الموضع الذي تعتقل فيه تطلب فيه كراء. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1036 و1037.

(7) عياض: وقوله: (وإن كانت غير حامل يعرف ذلك لم تؤخر واستتيبت).

فقوله: يعرف ذلك؛ يعني أنها لا يعجل قتلها إلا بعد اليقين من براءتها من الحمل لحق الولد الذي في جوفها، فإذا تحققنا براءتها قتلت.

=

فإما أن تقتل[1] أو ترجع فيكون[2] ذلك طلقة بائنة، ولها السكنى إن رجعت إلى الإسلام[3].

قال أبو بكر: ليس لها السكنى إن لم تتب؛ لأنها تسجن حتى تضع.

ومن كتاب محمد: وإن أسلمت ذمية تحت ذمي، فلها النفقة؛ لأن إسلامه في العدة كالرجعة، وقاله أصبغ، وقيل: إن أسلم أحد المجوسيين فلا نفقة لها، ولها السكنى.

قال محمد: لا نفقة للذمية تسلم تحت ذمي، كالمجوسية تسلم تحت مجوسي؛ لأنه لا رجعة له حتى يسلم وهذا الصواب عندنا[4]، وقد بقي رسمان من آخر كتاب العدة أضفتهما إلى شكلهما من كتاب أم الولد، والاستبراء.

تم كتاب العدة وطلاق[5] السنة

بحمد الله وحسن عونه. [(م: 133/أ)]



=

وقوله: لم تؤخر، قد يحتج به من لا يرى التأخير ثلاثة أيام ويخرجه من قوله هذا، وهو أحد قولي الشافعي.

واختلف عن عمر في ذلك، وعن مالك في ذلك قولان: وجوب تأخيره واستحبابه.

وقول غيره، وهو أَشْهَب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1037و 1038.

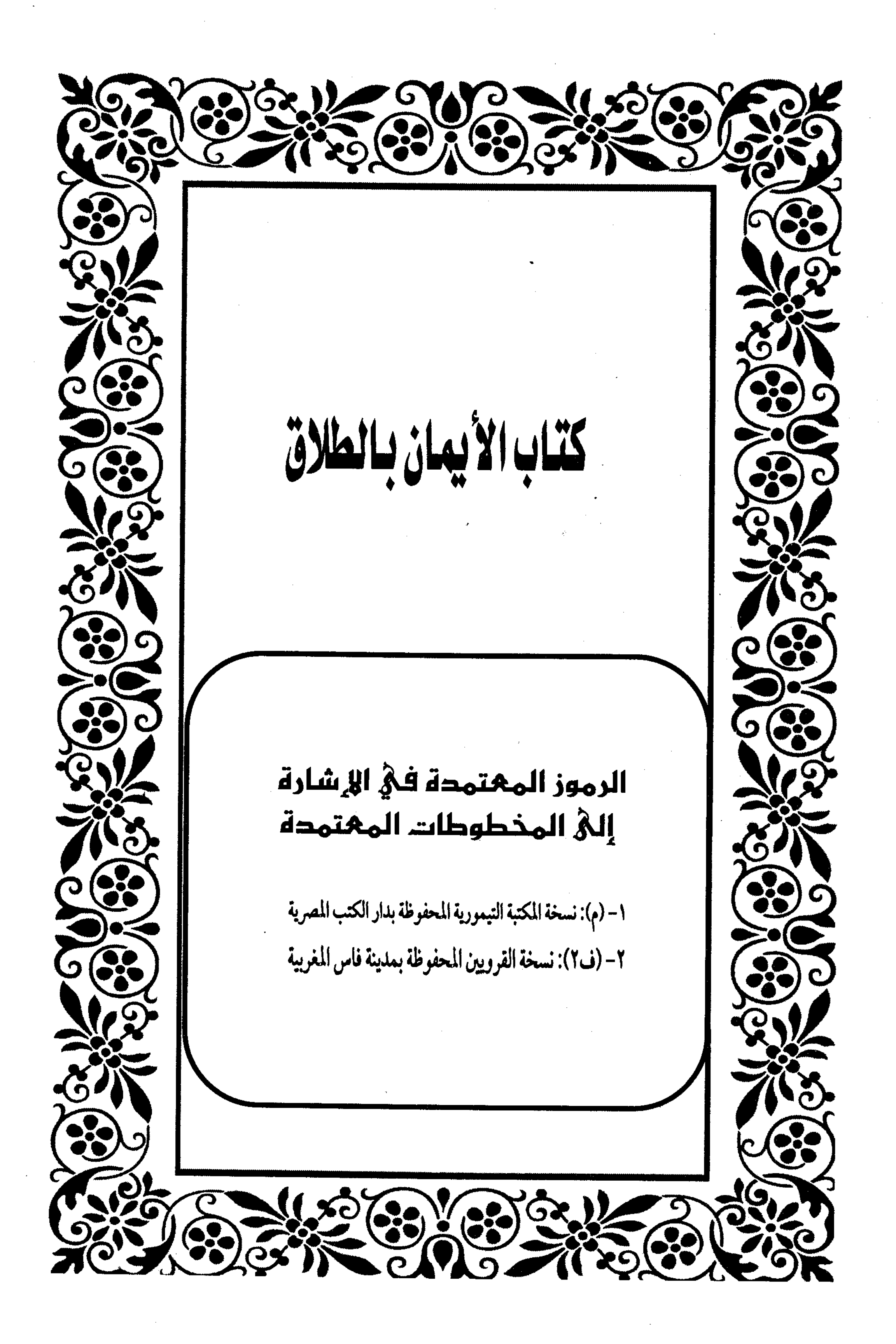
(1) في (م): (تقبل).

(2) في (م): (فتكون).

(3) انظر: المدونة: 4/ 401.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 5/ 51.

(5) قوله: (العدة و) زيادة من (ف2).



كتاب الأيمان بالطلاق

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١ - (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية

٢ - (ف٢): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية



كتاب الأيمان بالطلاق

جامع الأيمان بالطلاق لأفعلن وإن[1] فعلت واللغو والاستثناء فيه[2]

ومن كان حالفاً فلا يحلف بغير الله تعالى، كما أمر الرسول عليه السلام[3].

فإن عصى فحلف بطلاق لزمه، كما ذكرنا في باب طلاق السنة إلزام الله ورسوله للطلاق يقع في غير موضعه، ولم يذكر الله سبحانه لغو اليمين إلا في اليمين بالله؛ فليس يكون ذلك في طلاق ولا عتاق ولا غيره.

وكذلك الاستثناء بمشيئة الله عز وجل.

قال ابن القاسم في كتاب الطلاق: فإن حلف بالطلاق على ما يوقن أنه كذلك، ثم ظهر خلافه لزمه الطلاق[4]، وقاله عدد كثير من السلف.

وكذلك قضى عمر بن عبد العزيز في الحالف بطلاق إحدى نسائه على ناقة أقبلت أنها فلانة وليست هي؛ أن التي نوى من نسائه تطلق[5]، وإن لم ينو واحدة طلقهن كلهن[6].

قال ربيعة: ولو ابتاع سلعة، فحلف لرجل ليخبرنه بكم أخذها فأخبره، ثم ذكر أنه أقل أو أكثر؛ فإنه حانث، أُراه يعنى أنه[7] مات المحلوف[8] عليه قبل أن يخبره، أو

---

(1) في (ف2): (أو إن).

(2) في (م): (منه).

(3) متفق عليه، أخرجه البخاري: 5/2265، في باب من لم ير إكفار من قال ذلك متأولاً أو جاهلاً، من كتاب الأدب، برقم: 5757، ومسلم: 3/1266، في باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى، من كتاب الأيمان، برقم: 1646. من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، ولفظه: قال ﷺ: «**لا تحلفوا بآبائكم ومن كان حالفا فليحلف بالله**».

(4) انظر: المدونة: 5/10.

(5) في (م): (يطلق).

(6) انظر: المدونة: 5/27.

(7) قوله: (يعني أنه) يقابله في (م): (أنه يعني).

(8) في (م): (للمحلوف).

ضرب أجلاً فجاوزه ولم يخبره ثانية[1].

ومن حلف ألا يفعل شيئاً ففعله ناسياً؛ حنث.

ومن قال: أنت طالق إن شاء الله، أو كان استثناؤه في يمين بطلاق على فعل بعد ذكر الفعل أو قبله؛ فلا ثنيا له.

وابن الماجشون يرى أنه[2] له ثنياه؛ إذا أراد الثنيا في الفعل دون الطلاق[3].

ولو قال: أنت طالق إلا أن يبدو لي[4]؛ لم ينفعه ذلك.

فإن ضمنه بيمين فقال[5]: أنت طالق إن فعلت كذا وكذا[6]، إلا أن يبدو لي فذلك[7] له.

وقوله إلا أن يبدو لي يريد في ذلك[8] الفعل إلا أن يبدل الله ما في نفسي[9].

وإن[10] قال: إن شاء الله لم ينفعه[11].

---

(1) انظر: المدونة: 5/43.

عياض: قال في المدونة في مسألة ربيعة في الذي سأله رجل: بكم ابتاع السلعة، فأخبره فقال: لم تَصدقني فطلق امرأته إن لم يخبره، فقال: بدينار ودرهمين، ثم ذكر فقال: بثلاثة دنانير وثلاثة دراهم. وقوله: قد طلق امرأته، اختلف من هو الحالف المطلق عليه امرأته، وعلى من يعود هذا الضمير في امرأته: هل هو السائل، وعليه اختصرها ابن أبي زمنين أو المسؤول، وعليه اختصرها أبو محمد. وتأويل المسألة في إيجاب الحنث مراد المحلوف له قبل تذكر الحالف إن كان صاحب السلعة أو فوات أجل إن كان ضربه الحالف أو كان مقصد الحالف إن كان السائل ليخبر به الآن. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1065.

(2) قوله: (أنه) ساقط من (ف2).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 4/20.

(4) قوله: (يبدو لي) يقابله في (م): (يبدل الله ما في نفسي).

(5) قوله: (فقال) يقابله في (م): (أو قال).

(6) في (ف2): (أو كذا).

(7) في (م): (يريد في ذلك).

(8) قوله: (له وقوله إلا أن يبدو لي يريد في ذلك) زيادة من (ف2).

(9) قوله: (إلا أن يبدل الله ما في نفسي) زيادة من (ف2).

(10) في (ف2): (فإن).

(11) انظر: الجامع، لابن يونس (ط العلمية): 4/549.

فإن[1] قال: إن شاء فلان في يمين، أو غيرها؛ فذلك له وينظر ما شاء فلان؛ فإن مات فلان قبل أن يشاء أو كان ميتاً قبل يمينه؛ فلا شيء عليه، وكذلك إن قال: إن شاء هذا الحجر أو هذا[2] الحائط فلا شيء عليه.

قال[3] سحنون: يلزمه في الحجر ونحوه، ولا ثنيا له، ويحمل على أنه نادم[4].

ولو قال: أنت طالق إن أكلت معي شهراً، إلا أن أرى غير ذلك، فقعدت لتأكل معه فنهاها، ثم أذن لها فأكلت، فإن كان [(م: 133/ب)] ذلك مخرجه[5] ونيته؛ برّ[6].

وإن قال: نسائي طوالق إلا فلانة؛ فذلك له، وكذلك العتق.

ومن النذور: وإن قال: أنت طالق إن خرجت إلا بإذني، فأذن لها حيث لا تسمعه في سفر، أو حضر فخرجت بعد إذنه وقبل علمها بالإذن؛ فهو حانث.

وإن حلف ألا يأذن لها إلا في عيادة مريض، فخرجت بإذنه في العيادة، ثم ذهبت في مخرجها لحاجة أخرى؛ فلا شيء عليه.

ولو خرجت إلى الحمام بغير إذنه؛ لم يحنث إلا أن يتركها بعد علمه، وإن لم يعلم حتى رجعت؛ فلا شيء عليه[7].

ومن كتاب الطلاق والعتق والنذور: ومن حلف إن دخلت أو أكلت أو شربت، فتلك أيمان[8].

---

(1) في (ف2): (وإن).

(2) قوله: (هذا) زيادة من (ف2).

(3) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 4/53 و5/130.

(5) في (م): (مخرج).

(6) انظر: المدونة: 5/277.

(7) انظر: المدونة: 3/245 و246.

(8) انظر: المدونة: 5/5.

عياض: ذهب أكثرهم إلى أن هذا فيمن قيد بصفة أو مدة أو عين مخصوص، فإذا أطلق طلق عليه للحين؛ إذ لا بد من فعل هذه الأشياء، بخلاف ما يمكنه ألا يفعله كالركوب وشبهه. وذهب ابن

وإن قال: أنت طالق إن كنت أحب طلاقك، وهو يحبه بقلبه فهي طالق[1].

وكل من حلف بطلاق أو عتق إن فعلت أو لا أفعل؛ فهو على برّ لا[2] يمنع من وطء أو بيع.

ولو حلف ليفعلن أو إن لم أفعل فعلاً ما؛ فهو على حنث ولا يطأ، ولا[3] يدخل عليه الإيلاء في الزوجة من يوم ترفعه.

وإن مات قبل البر؛ ورثته، ولا حنث بعد الموت في الطلاق إذ لا يوصى به بخلاف العتق، وإن كانت يمينه: إن لم تفعلي أنت أو يفعل فلان؛ منع من الوطء والبيع، وكان على حنث ولا يضرب له أجل الإيلاء في المرأة؛ ولكن يتلوم له[4] الإمام بقدر ما يرى من الذي أراد من التأجيل، وتوقف لذلك الزوجة أو الأمة أو الأجنبي؛ فإن لم يفعلوا ذلك طلق عليه أو أعتق، إلا أن يريد إكراه الأمة على ما يجوز له من دخول دار أو غيره، =

محرز وغيره أن ظاهر الكتاب خلاف هذا، ولا تطلق عليه حتى يفعل ما حلف عليه؛ لأن هذه أفعال يمكن ألا يفعلها، إذ هي معلقة بمشيئة آدمي وتحت قدرته، بخلاف ما لا تعلق فيه بمشيئته وقدرته من الحيض ومثله، ولأنه قد فرق في الكتاب بينها وبين: إذا حضت، وقال: هذه ليست يمينا.

وقوله هنا: هذه أيمان وسوى بينها وبين الركوب، قالوا: ولو قال: إن قمت أبداً أو أكلت أبداً، طلقت عليه، وإليه نحا شيخنا القاضي أبو الوليد:.

وتفريقه بين تكرار اليمين بالله وتكراره اليمين على الشيء الواحد بالطَّلاق أنه يتعدد الطَّلاق بتعدد اليمين إلا أن ينوي أن الثاني هو الأول ليسمعها أو يؤكد الحال عندها قد يستفاد منه - هنا - تقوية أحد التأويلين على كتاب الأيمان والنذور في تكرار اليمين بالله أنها واحدة، وإن نوى بالثانية غير الأولى إلا أن ينوي ثلاث كفارات كالنذور، وقد بينا المسألة هناك.

ومن قال: إن معناها متى نوى بالثانية غير الأولى أنها تتكرر، وقد يكون تفريقه - هنا - بين اليمين بالله والطَّلاق في إهمال النية، فلا يتكرر في اليمين بالله ويتكرر في الطلاق، خلاف ما ذهب إليه ابن نافع منأنهما سواء، ولا تتكرر اليمين بالطَّلاق في هذه المسألة حتى ينوي بالثانية طلاقا آخر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1048، وما بعدها.

(1) انظر: المدونة: 5/18.

(2) زيادة من ق2

(3) قوله: (لا) ساقط من (ف2).

(4) قوله: (له) ساقط من (م).

فليكرهها ويبر.

ولو مات الحالف في التلوم؛ مات على حنث، وعتقت الأمة في الثلث وترثه الزوجة.

وقال أشهب: لا تعتق الأمة بموته في التلوم(1).

ولو(2) قال: أنت طالق إن لم أتزوج عليك، وإن لم أدخل عليك هذه الدار؛ فهو على حنث، ويتوارثان قبل البر، إذ لا تطلق ميتة، ولا يوصي ميت بطلاق.

وإن قال: إن لم أطلقك فأنت طالق؛ لزمته مكانه طلقة إذ لا بر له إلا بالطلاق(3).

وقيل: لا تلزمه حتى يوقف أو ترافعه(4).

وكل من ضرب أجلاً في يمينه لأفعلن، وإن لم أفعل فهو على بر، وكذلك إن لم يفعل فلان إلى أجل كذا؛ لا(5) يمنع من وطء زوجته أو أمته قبل الأجل، ويمنع من البيع في الأمة.

ولمالك قول: أنه لا يطؤها(6).

فإن فعل الفعل قبل الأجل بر، وإن حل الأجل ولم يفعله هو أو من حلف عليه؛ حنث، وإن مات قبل الأجل؛ مات على بر ولا شيء عليه، وكذلك يمينه ليضربن عبده إلى أجل كذا فمات العبد قبل الأجل؛ فلا يحنث، لأن الحلف(7) على بر.

وإن حلف ليقضينه حقه في رمضان، فمات الحالف في شعبان؛ فلا حنث على ورثته، وإن قضوه بعد رمضان.

وإن حلف ليتزوجن [(م: 134/أ)] على امرأته إلى شهر؛ فله وطؤها دونه، إذ هو

---

(1) انظر: المدونة: 5/262.

(2) في (ف2): (وإن).

(3) في (ف2): (بطلاق).

(4) انظر: المدونة: 5/9.

(5) في (ف2): (وكذا لم).

(6) انظر: المدونة: 5/261 و262.

(7) في (م): (الحالف). صوابه

قادر على بر بالتأجيل، ولو لم يؤجل[1] كان على حنث.

ولو حلف بطلاق أو عتق أو مشي أو بالله ليضربن فلاناً، فإن ضرب أجلاً؛ فهو على بر، وإنما يحنث إذا حل الأجل ولم يفعل.

وإن لم يضرب أجلاً فهو على حنث، ولا ينبغي له أن يضربه وليكفر أو يمشي، ويطلق عليه الإمام أو يعتق إن رفع ذلك إليه بالقضاء، إلا أن يكون وجب له ضربه بحق فيدخل عليه الإيلاء في المرأة إن رفعته؛ إن لم يكن له حق فاجترأ فضربه قبل النظر فيه زالت عنه أيمانه.

ربيعة: وكذلك الحالف ليشربن خمراً أو غيره من المحرمات، فليطلق عليه الإمام مكانه[2].

ولو قال لرجل: امرأته طالق لو كنت حاضراً لشرِّك مع[3] أخي لفقأت عينك؛ لزمه الحنث، لأنه حلف على ما لا يبر فيه[4].

---

(1) في (م): (يدخل).

(2) انظر: المدونة: 5/45.

(3) في (م): (معى).

(4) انظر: المدونة: 5/9.

عياض: قال حمديسٌ في هذه المسألة: وقد قال - أيضا - لا شيء عليه. قال القاضي: اختلف قوله في هذا الأصل، وكذلك قال سحنون، وهو ما لا يمكّن من فعله شرعاً، وكان يمكنه قدرة وعملا ولكنه فات وقته أو العين المفعول به ذلك ومضى.

فقال هنا: يحنث، وقال في مثلها في الثوب: لو شققته شققت بطنك: لا يحنث، وذلك أنه لو حلف على أمر يعتقد أنه كان يفعله، وإلى اختلاف المسألتين أشار ابن لبابة، وإلى أنه اختلاف قول أشار سحنون.

وأما مثل هذا فيما يأتي ويستقبل فلا يختلف أنه لا يمكن من فعله وتطلق عليه إلا أن يجترئ فيفعله قبل فيبر في يمينه وأما ما يمكنه فعله ويباح له في المستقبل فلا يحنث قولا واحدا وأما ما حلف على فعله في مثل هذا في الماضي فيحنث عند أصبغ؛ لأنه حلف على أمر فات لا يقدر على فعله وغيب لا يعلم كيف كان يكون حاله فيه ولم يحنثه عبد الملك؛ لأنه مما كان يمكنه فعله ولا يمنعه منه مانع في الغالب، وذلك مثل: لو كنت حاضرا أمس لكذا لفعلت كذا، ولأعطيتك كذا أو لقضيت دينك. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1054و1055.

وفيه قول آخر: لا يحنث[1].

ولو قال: أنت طالق لأتزوجن عليك اليوم، فتزوج نكاحاً فاسداً، أو لأمته أنت حرة لأبيعنك اليوم، فباعها، فألفيت حاملاً منه، فإنه حانث فيهما قيل: فإن نكح على الزوجة أمة قال آخر: ما فارقت عليه مالكاً؛ أنه جائز والخيار للحرة[2].

وإن قال: أنت طالق يوم أدخل دار فلان فدخلها ليلاً، أو حلف على الليل فدخلها نهاراً؛ فقد حنث، إلا أن ينوي نهاراً دون ليل أو ليلاً دون نهار فينوى[3].

وقد ذكر[4] الله ﷻ الليالي بدلاً من الأيام فقال: ﴿وَلَيَالٍ عَشْرٍ﴾ [سورة الفجر آية: 2][5].

ولو حلف على ثوبين ألا يكسوهما إياها، يريد جميعاً فكساها أحدهما؛ حنث.

وإن قال لأمته: إن دخلت هاتين الدارين، فأنت حرة؛ حنث بدخول[6] إحداهما.

وإن[7] قال لامرأتيه[8]: إن دخلتما هذه الدار فأنتما طالقتان، أو قال لأمتيه: فأنتما[9] حرتان فدخلت[10] إحداهما؛ فلا شيء عليه حتى يدخلاها جميعاً، وأشهب يحنثه في الداخلة خاصة[11].

وقال[12] عبد الملك: يحنث فيهما بدخول إحداهما[13].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 4/295 و296.

(2) انظر: المدونة: 5/38.

(3) في (ف2): (فنوّي).

(4) في (م): (قال).

(5) انظر: المدونة: 5/22.

(6) في (ف2): (بدخولها).

(7) في (ف2): (ولو).

(8) في (ف2): (لأمتيه أو لامرأتيه).

(9) قوله: (قال لأمتيه: فأنتما) ساقط من (ف2).

(10) في (ف2): (فدخلتها).

(11) انظر: المدونة: 5/267.

(12) في (ف2): (قال).

(13) انظر: النوادر والزيادات: 4/82 و83.

وإن قال لامرأته[1]: أنت[2] طالق إن دخلت دار فلان ودار فلان؛ فدخل إحداهما؛ حنث، ثم إن دخل الثانية؛ لم تطلق ثانية، لأنه قد حنث أولاً.

وقد جرى من معاني هذا الباب في كتاب الأيمان، وكتاب العتق وفي باب الإيلاء.

ومن كتاب الهبات: وإذا لزمه دين لرجل أو ضمان، أو[3] عارية يغاب عليها، فحلف بالطلاق ليؤدين ذلك، وحلف الطالب بالطلاق أن قبله[4]، فأما الدين فيجبر الطالب على قبضه، ويحنث ولا يجبر في أخذ قيمة العارية، ويحنث المستعير إن أراد لتأخذنه مني، وإن أراد لأغرمنه له قبله أو لم يقبله؛ لم يحنث واحد منهما، والفرق أن الدين لزم ذمته، والعارية إنما ضمنها لغيبة أمرها[5] [(م: 134/ب)].

فإنما يقضى بالقيمة لمن طلبها في ظاهر الحكم وله تركها، وقد تسقط أن[6] لو قامت بينة بهلاكها.

ومن آخر كتاب الشفعة: مسألة: قال سحنون: ليست من الكتاب، وهي من المجالس إذا تزوج على امرأته ثم حلف للأولى بطلاق الثانية إن آثر الثانية عليها، ثم إنه طلق الأولى البتة فإن الثانية تطلق عليه أيضاً؛ لأنه قد آثرها.

في[7] عودة المرأة على بقية طلاق الملك الأول وما تعود[8] فيه اليمين في الملك الثاني وما لا تعود[9] منه ومن له أن يعجل حنثه

قال عمر بن الخطاب ﷺ، وزيد بن ثابت، وأبي بن كعب، ومعاذ، وعبد الله بن

---

(1) في (ف2): (امرأته).
(2) قوله: (أنت) ساقط من (ف2).
(3) قوله: (أو) ساقط من (ف2).
(4) في (م): (قبلته).
(5) انظر: المدونة: 255/10.
(6) قوله: (أن) ساقط من (ف2).
(7) قوله: (في) ساقط من (ف2).
(8) في (ف2): (يعود).
(9) في (ف2): (يعود).

عمر؛ وغيرهم فيمن طلق دون الثلاث، ثم ارتجع بنكاح: إنها تكون عنده على بقية طلاق الملك الأول[1].

ولو كان الطلاق ثلاثاً؛ رجعت على طلاق مبتدأ.

قال ابن القاسم: ومن قال: كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً؛ فإن تزوجها؛ طلقت عليه ثلاثاً ثم كذلك؛ إن تزوجها أبداً عاد عليه الحنث[2].

وكذلك لو لم يقل: ثلاثاً، أو قال: فلك الخيار؛ فلها الخيار كلما نكحها[3].

ولو قال: إن تزوجتك أبداً، أو إذا، أو متى ما تزوجتك[4] فإنما يحنث[5] بأول مرة؛ إلا أن ينوي أنَّ متى مَا مثلُ كلَّما؛ فتكون كمثلها[6].

ومن حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها من بلد معين، فتزوج منه امرأة فطلقت، ثم تزوجها فطلقت، ثم تزوجها ثالثة؛ فتجب[7] عليه[8] الثلاث؛ فإنها إن تزوجها أيضاً رابعةً وأبداً؛ يلزمه فيها الطلاق؛ لأنه لم يحلف على عينها، وترجع كإحدى[9] نساء تلك البلدة.

وإن قال: إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق، فلم تأكل منه شيئاً حتى طلقها واحدة، فتزوجت ثم أكلت بعضه، ثم طلقت فتزوجها الحالف فأكلت بقيته أو بعضه؛ فإنه يحنث بما أكلت في عصمته لا بالأكل الأول ما بقي من طلاق الملك الذي عقد فيه اليمين شيء، فإذا تم؛ رجعت على ملك مبتدأ[10].

---

(1) انظر: المدونة: 5/36.

(2) انظر: المدونة: 5/29

(3) انظر: المدونة: 4/223.

(4) قوله: (تزوجتك) ساقط من (م).

(5) قوله: (فإنما يحنث) يقابله في (ف2): (فإنها تحنث).

(6) انظر: المدونة: 5/29 و30.

(7) في (ف2): (فتمت).

(8) في (ف2): (عليها).

(9) في (ف2): (كأحد).

(10) انظر: المدونة: 5/9.

يريد ولو أكلت في العصمة الأولى بعض الرغيف؛ لم يعد عليه حنث، إن أكلت منه في ملك ثان؛ لأنه حنث مرة[1].

وكل يمين حنث فيها مرة بطلاق؛ فلا يعود عليه في التي حنث فيها إن نكحها، وإن خيرها أو ملكها، ولم يضمن ذلك بيمين ثم طلقها ثلاثاً أو واحدة قبل القضاء ثم نكحها؛ فلا قضاء لها في الملك الثاني لا أبالي هاهنا بقي من طلاق الملك الأول شيء أم لا.

وإن قال لها: أنت طالق إن دخلت الدار فصالحها [(م: 135/أ)]، فإن دخلتها بعد الصلح في غير ملكه؛ لم يلزمه بذلك[2] شيء إن نكحها[3].

وإن قال: أنت طالق ثلاثاً إن دخلت هذه الدار فطلقها ثلاثاً، ثم تزوجها بعد زوج ثم دخلتها؛ فلا شيء عليه.

ولو كان إنما طلقها واحدة أو اثنتين؛ لحنث بدخولها الآن لباقي[4] طلاق ذلك الملك تزوجها قبل زوج أو بعده[5]، ثم لا تحل له إلا بعد زوج، ولا يحنث بدخولها في ملك غيره، وكذلك أكلها للرغيف في ملك غيره[6].

وإن قال لعبده: أنت حرٌّ إن كلمت فلاناً فباعه هو، أو باعه السلطان في فلس، ثم كلمه ثم اشتراه، أو وهب له أو تصدق به عليه ثم كلمه، حنث بكلامه الآن لا[7] بكلامه أولاً.

وإن ورثه أو ابتاعه في ميراث أبيه، وهو قدر مورثه فأقل ثم كلمه؛ لم يحنث، وإن كان أكثر من مورثه؛ حنث، ورأى غيره أن بيع الإمام له في الفلس[8] يزيل التهمة

---

(1) انظر: المدونة: 5/9.

(2) قوله: (بذلك) يقابله في (م): (من ذلك).

(3) انظر: المدونة: 4/190.

(4) قوله: (لباقى) يقابله في (م): (لهاف).

(5) في (ف2): (بعد زوج).

(6) انظر: المدونة: 5/98 و99.

(7) قوله: (لا) ساقط من (م).

(8) في (ف2): (التفليس).

كالميراث لا تعود[1] بعده اليمين[2].

ومن الخلع: وإن حلف بالطلاق إن لم أقض فلاناً حقه إلى يوم كذا، وإن[3] لم أفعل كذا إلى سنة كذا[4] فلما قرب الأجل، وخاف الحنث طلقها واحدة فانقضت العدة قبل الأجل، أو صالحها قبل ذلك الأجل صلحاً، ثم نكحها بعد الأجل في الوجهين جميعاً، لم يعد عليه اليمين وإن لم يفعل ما سمى.

وكره مالك له أن يفعل ذلك هرباً من الحنث، فإن فعل؛ فلا شيء عليه[5].

ومن النذور: وإن[6] قال: أنت طالق لأتزوجن عليك، أو لأفعلن ولم يؤجل؛ كان[7] على حنث؛ فإن شاء طلقها واحدة وأحنث نفسه ثم راجعها فتزول[8] يمينه، ولو ضرب أجلاً كان على برٍّ، ولا يكون[9] له أن يحنث نفسه قبل الأجل[10].

وكذلك قوله: إن فعلت وإن لم يضرب أجلاً؛ لأنه على برٍّ، وله عند أشهب: أن يحنث نفسه قبل الأجل إن ضرب أجلاً[11].

ومن الطلاق: وإن قال لزوجته: إن تزوجت عليك، أو فعلت كذا فأمرك بيدك أو قال:[12] فأنت طالق؛ فذلك لازم، فإن طلقها واحدة ثم ارتجعها بنكاح، أو برجعة؛

---

(1) في (ف2): (يعود).

(2) انظر: المدونة: 5/253.

(3) في (ف2): (أو إن).

(4) قوله: (كذا) ساقط من (ف2).

(5) انظر: المدونة: 4/190.

(6) في (ف2): (وإذا).

(7) في (م): (فكان).

(8) في (ف2): (فتزيل).

(9) قوله: (ولا يكون) يقابله في (ف2): (ولم يكن).

(10) انظر: المدونة: 3/211.

(11) انظر: النوادر والزيادات: 4/246.

(12) قوله: (قال:) ساقط من (ف2).

فذلك التمليك أو الطلاق قائم لها حتى يتم طلاق تلك العصمة[1].

وكذلك لو قال: فالتي أتزوج عليك طالق فطلق المحلوف لها واحدة، ثم تزوج الأخرى[2] ثم نكح الأولى فاليمين تعود عليه فيهما، إلا أن يبت المحلوف لها ثم ينكحها بعد زوج فلا شيء عليه فيهما، وتزويجه الأجنبية عليها أو بعد أن طلقها واحدة ثم ارتجعها بنكاح سواء، ولا حجة له إن قال: إنما تزوجتها على غيرها، ولم أنكح غيرها عليها ولا أُنَوِّيه إن ادعى نية ذلك لأن قصده إن لا يجمع بينهما[3].

وخالفه أشهب، وسواء كان [(م: 135/ب)] ذلك مُشترطاً[4] في عقد النكاح، أو تبرع به بعد العقد[5].

وفي الظهار، والإيلاء، والعتق طرف من معاني هذا الباب.

في الشك والمجهول في الطلاق وغيره
واليمين به وبره وحنثه وميراثه

وقد أمر الرسول ﷺ الشاكَّ في صلاته بما نقله به عن الشك من البناء على يقينه[6]، وكذلك يجب على كل شاك الانتقال إلى حال يرتفع فيها[7] شكُّه، والطلاق أحق ما احتيط فيه، إذ رويَ أن هزلَه جدٌّ.

---

(1) انظر: المدونة: 4/249.

عياض: وسواء شرطوا ذلك عليه في عقدة النكاح أو تبرع بذلك إنما نبه بهذا للخلاف في ذلك؛ فإن مُطرِّفا يفرق بينهما، ويلزم ذلك بالشرط في أصل النكاح ويسقطه في التبرع إذا زعم أنه لم يرد إلا ذلك وأَشْهَب يحمل اللفظ على مقتضاه ولا يلزمه شيئا متى كان زواج الأجنبية والأولى خارجةٌ عن عصمته. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1061.

(2) في (ف2): (أخرى).

(3) انظر: المدونة: 5/34.

(4) في (ف2): (بشرط).

(5) في (ف2): (العقدة).

(6) تقدم تخريجه في كتاب الصلاة.

(7) في (م): (فيه).

وقد قال ابن عمر وغيره: يفرق بالشك ولا يجمع به[1].

ومن لم يدر بما حلف بطلاق أو عتق أو مشي أو صدقة؛ فإنه يطلق نساءه ويعتق رقيقه ويتصدق بثلث ماله ويمشي إلى مكة، ولا أقضي بشيء من ذلك عليه. ويؤمر بذلك.

وكذلك إن حلف بطلاق ثم لا يدري أحنث أم لا ؟ أمر بالفراق[2].

وقيل: يقضى عليه في غير المدونة.

قال ابن القاسم: وإن كان ذا وسوسة في هذا؛ فلا شيء عليه[3].

قال ابن حبيب: وإن قال: لا أدري أحلفت فحنثت، أو لم أحلف ولم أحنث فلا شيء عليه، وكذلك من حلف بالطلاق إن[4] فعلت امرأته كذا ثم خاف أن تكون قد[5] فعلت[6] وهو لا يعلم؛ فلا شيء عليه[7].

قال ابن القاسم[8]: ومن لم يدر كم طلق؛ واحدة أو اثنتين أو ثلاثة[9]؛ فهي ثلاثة، فإن ذكر في العدة أنها دون ذلك فله الرجعة، وإن[10] انقضت؛ كان خاطباً.

وإن بقي على شكِّه حتى تزوجها بعد زوج ثم طلقها واحدة أو اثنتين؛ فلا تحل له إلا بعد زوج، وكذلك بعد ثان، وثالث ومائة زوج، إلا أن يبت طلاقها بين ذلك فتعود على ملك مبتدأ[11].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 5/139.

(2) انظر: المدونة: 5/24 و25.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 5/163.

(4) في (م): (وإن).

(5) قوله: (قد) ساقط من (ف2).

(6) في (ف2): (فعلته).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 5/139.

(8) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ف2).

(9) قوله: (واحدة أو اثنتين أو ثلاثة) يقابله في (ف2): (أواحدة أم اثنتين أم ثلاثة).

(10) في (م): (إن).

(11) انظر: المدونة: 5/22 و23.

ورويَ عن مالك: أنه إن نكحها بعد ثلاثة أزواج زال الشك فيها. وقاله أشهب وأصبغ[1].

وقال ابن وهب: إذا طلقها ثلاثاً وإن كن مفترقات؛ فإنها ترجع على ملك مبتدأ[2]. وقال ابن نافع: مثل قول ابن القاسم[3].

وإن حلف بطلاق إحدى زوجتيه ثم حنث، أو قال: إحدى نسائي، أو امرأة من نسائي طالق، أو كان ذلك في يمين حنث[4] بها؛ فإن نوى واحدة؛ طلقت التي نوى خاصة، وصدق في القضاء والفتيا، وإن لم ينوها أو نواها فأنسيها؛ طلقن كلهن بغير ائتناف طلاق.

وإن جحد فشهد عليه؛ كان كمن لا نية له.

محمد: وهو قول المصريين وروايتهم عن مالك، وقال المدنيون: ورواه بعضهم عن مالك، أنه يختار منهن واحدة كالعتق [(م: 136/أ)] والأول أحب إلينا لأن العتق يتبعض[5].

ويجمع في أحدهم في القرعة.

ومن كتاب التمليك: وإن قال: حكمة طالق وله جارية، وزوجة يسميان كذلك، فقال: نويت الجارية؛ فإن كانت عليه بينة لم ينفعه، وذلك له في الفتيا.

ولو حلف للسلطان[6] طائعاً بطلاق امرأته وقال: نويت امرأتي الميتة لم ينفعه ذلك[7] في الفتيا ولا في القضاء؛ لأنه قال: امرأتي[8].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 5/140.

(2) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1058.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 5/140.

(4) في (ف2): (حلف).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 5/142.

(6) في (ف2): (لسلطان).

(7) في (م): (ذكل).

(8) انظر: المدونة: 4/262 و263.

ومن الطلاق: وإن قال لامرأته: إن كنت تبغضيني فأنت طالق، فقالت: لا أبضغك؛ أمر بالفراق ولا يقضى عليه، ولو قالت له: أبغضك ثم قالت: كنت كاذبة أو لاعبة؛ فليفارقها[1].

وكذلك في المشي إذ لا يدري[2] صدق ذلك.

وإن قال: أنت طالق إن كتمتني، أو كذبتني لشيء سألها عنه فتخبره، فلا يدري أكتمته أم كذبته أم لا؛ فليفارقها، ولا أقضي عليه.

وإن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، أو لعبده فأنت حر فقالا: دخلنا أو قال: إن كنتما دخلتما فقالا: دخلنا أو لم ندخل ولم يعلم صدقهما؛ فإنه يؤمر أن يطلق، ويعتق بغير قضاء.

وكذلك قوله لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق وقالت: دخلت فكذبها ثم قالت: كنت كاذبة أو لم تقل؛ فإنه يؤمر بفراقها، ولو صدقها أولاً لزمه الفراق بالقضاء، وإن رجعت عن إقرارها[3].

وإن قال لها وهي حامل: إن لم يكن في بطنك غلام فأنت طالق؛ طلقت عليه[4] ساعتئذ، وإن أتت بغلام؛ لم ترد إليه[5].

---

(1) انظر: المدونة: 5/7.

عياض: ومسألة: إن كنت تبغضيني فأنت طالق. إن أجابته بما يطابق يمينه بأنها تبغضه ففي إجباره على الطَّلاق خلاف.

وظاهر الكتاب إجباره عند بعضهم؛ لقوله: فليفارقها.

وفرق بعضهم بين هذا وبين لو قالت له: لا أبغضك، فقال في هذه: يؤمر ولا يجبر؛ لأنها لو أبغضته لم تجب بما لا يوجب طلاقها، وقد قال في التي حلف عليها: إن دخلت الدار فقالت: قد دخلت: لا يجبر ويؤمر، وقد قال في التي حلف عليها: لتَصْدُقِني: أرى أن يفارقها، وما يدريه صدقته أم كذبته؟، وهذا كله أصل مختلف فيه في الإجبار في الطَّلاق المشكوك فيه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1050 و1051.

(2) في (ف2): (يدرى).

(3) انظر: المدونة: 5/23 و24.

(4) قوله: (عليه) زيادة من (ف2).

(5) انظر: المدونة: 5/14.

عياض: لأنه شاك في حالها الآن، وهذا بخلاف: إن ولدْتِ جارية أو إذا ولدتِ جارية، فلا شيء

وكذلك قوله: إن لم تمطر السماء وقت كذا، فأنت طالق، لأنه ممن حلف على الغيب[1].

ولو قال: إن لم يقدم أبي غداً فأنت طالق، فبخلاف ذلك، إذ[2] يدعي علم قدومه بالخبر يأتيه وغيره.

ومن قال لزوجته: إذا حملت فأنت طالق لم يمنع من وطئها مرة في ذلك الطهر[3] فقط ثم يطلق إذا وطئها[4] حينئذ، ولو كان قد وطئها فيه قبل مقالته تلك[5]؛ طلقت عليه مكانها، وتصير كالتي قال لها زوجها: إن كنت حاملاً فأنت طالق، أو إن لم يكن بك حمل فأنت طالق فإنها تطلق[6] مكانها، ولا ينتظر اختبارها أبها حمل أم لا، إذ لو ماتا[7] لم يتوارثا.

وكذلك قوله لغير حامل: إذا حملت فوضعت فأنت طالق أو قال: إذا وضعت

= عليه حتى تلد؛ لأن هذا تعليق بشرط. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1056.

(1) عياض: إن أمطرت السماء غدا، فلا تطلق عليه حتى تمطر، وكذا بينه في كتاب ابن حبيب، وفرق بينه وبين لو قدم الطَّلاق في هذا فيلزمه على كل حال؛ لأنه كالأجل، وهذا كله ما لم يدع علم غيب في ذلك وتخرصا فيكون لا فرق بين تقديمه الطَّلاق وتأخيره، ولا بين: إن أمطرت السماء غدا وبين إن لم تمطر، كما أنه لو حلف على ذلك لعادة جرت له وعلامات عرفها واعتادها ليس من جهة التخرص، وتأثير النجوم عند من زعمها لم يقع الحنث عليه على ما ذكره بعض الشيوخ حتى يكون ما حلف عليه، ويحتج عليه بقوله: تلك عين غُدَيْقَة ثم إنه في هذه الوجوه الغيبية التي يحنث فيها إن غفل حتى أمطرت السماء أو ولدت غلاما لم يحنثه عبد الملك وغيره إذا وافق البر، وحنثه عيسى بكل حال، وحكى الفضل بن سلمة القولين عن ابن القاسم. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1056 و1057.

(2) في (م): (أنه).

(3) قوله: (مرة في ذلك الطهر) يقابله في (ف2): (في ذلك الطهر مرة).

(4) قوله: (إذا وطئها) ساقط من (ف2).

(5) قوله: (تلك) ساقط من (ف2).

(6) في (م): (طالق).

(7) في (م): (مات).

فقط فأنت طالق أن إن كان وطئ في ذلك الطهر، وإلا فإذا وطئ مرة طلقت عليه[1].

ولا توقف مائة امرأة لامرأة واحدة[2].

أشهب[3]: يقول في قوله للحامل إذا وضعت، فأنت [(م: 136/ب)] طالق: إنها لا تطلق حتى تضع.

واختلف فيه قول مالك[4].

ومن قال لرجل: امرأته طالق لقد قلت لي كذا وكذا.

فقال الآخر: امرأته طالق إن كنت قلته أنهما يدينان، ويتركان إذا ادعيا يقيناً.

قال ابن القاسم عن بعض أهل العلم: من[5] نكح امرأتين فبنى بواحدة، ولم يبن بالأخرى حتى طلق إحداهما طلقة ثم مات، ولم تنقض العدة وجهلت المطلقة منهما[6]: فللمدخول بها[7] الصداق وثلاثة أرباع الميراث، والتي لم يبن بها ثلاثة أرباع الصداق وربع الميراث.

ولو مات بعد انقضاء العدة، أو كان الطلاق ثلاثاً، ومات قبل انقضائها[8]؛ فالصدقات على ما ذكرنا، والميراث بينهما نصفين[9].

ولو نكح أما وابنتها في عقدتين، وجهلت الأولى منهما فإن بنى بهما[10]؛ فلكل واحدة صداقها ولا ميراث لهما، وإن لم يبن بهما؛ فالميراث بينهما، ولكل واحدة نصف صداقها، اتفق أو اختلف، وكذلك إن مات عن خامسة غير معلومة.

---

(1) قوله: (عليه) زيادة من (ف2).

(2) انظر: المدونة: 5/11.

(3) في (ف2): (وأشهب).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 5/103.

(5) في (م): (فيمن).

(6) قوله: (منهما) ساقط من (ف2).

(7) زاد بعده في (م): (ربع).

(8) في (ف2): (انقضاء العدة).

(9) انظر: المدونة: 5/68 و69.

(10) في (م): (ابها).

وعلى الأم والابنة عدة الوفاة، ولو بنى بهما؛ لم يلزمهما غير ثلاث حيض، وإن بنى بواحدة معروفة؛ فلها الصداق ونصف الميراث، وعليها أقصى الأجلين، ولا شيء للتي لم يدخل بها من صداق ولا ميراث، ولا عدة عليها، وإن بنى بواحدة ولم تعرف؛ فصداق واحدة[1] بينهما، ونصف الميراث بينهما.

فيمن طلق إلى أجل، أو وقت أو كتب، أو أرسل أو وكل بالطلاق

ولما أجمعوا على إبطال النكاح إلى أجل، وعجلوا المؤجل من حل العقدة، وجب مثله في الطلاق المؤجل أن يعجل إيقاعه، وقاله عدد كثير من الصحابة والتابعين؛ بخلاف العتق إلى أجل إذ بقي له في المملوكة الخدمة، ولم يكن له في الزوجة غير الاستمتاع الذي حرم عليه.

قال ابن القاسم: فكل من طلق إلى أجل آت لزمه الطلاق مكانه[2].

ولو[3] قال: إذا مات فلان، فأنت طالق طلقت الآن، وإن قال: إن متُّ أنا أو متِّ أنت؛ لم يلزمه شيء، وإن قال: قبل موتك بشهر طلقت الآن.

قال مالك:[4] من قال: أنت طالق يوم أموت فإنها تطلق الآن[5].

وقال أشهب: لا شيء عليه[6].

قال ابن القاسم: إذا[7] قال لها: إذا حضت فأنت طالق، وإذا[8] حاضت فلانة

---

(1) في (ف2): (واحد).

(2) انظر: المدونة: 5/13.

(3) في (ف2): (وإن).

(4) قوله: (قال مالك) ساقط من (م).

(5) انظر: البيان والتحصيل: 6/178.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 5/100.

(7) في (ف2): (وإذا).

(8) في (ف2): (أو إذا).

وفلانة ممن تحيض فأنت طالق؛ طلقت الآن، لأنه أجل آت في أكثر النساء[1].

وقال أشهب: لا تطلق عليه حتى تحيض.

واختلف قول مالك فيه[2].

قال[3] ابن القاسم: وإن[4] اعتدت بالسنة لتأخير الحيض، ثم نكحها بعد تمام [(م: 137/أ)] العدة، فحاضت عنده واليمين فيها؛ لم تلزمه بذلك[5] طلقة ثانية لأني عجلت حنثه بذلك[6].

فإن قال لحائض: إذا طهرت فأنت طالق؛ طلقت الآن، وجبر على الرجعة.

وإن قال لزوجته: أنت طالق كلما حضت، أو كلما جاء شهر أو يوم طلقت الآن ثلاثاً ولم تعد عليه اليمين إن نكحها لتمام طلاق الملك الأول.

وإن قال: أنت طالق اليوم؛ طلقت للأبد، وكذلك العتق.

وإن قال لحامل: إذا وضعت فأنت طالق طلقت الآن.

قال[7] مالك: لأنه أجلٌ آتٍ في أكثر النساء.

ورويَ عنه أنه لا تطلق عليه حتى تضع[8].

ولو قال: إذا قدم فلان[9] أو إن قدم فلان فأنت طالق؛ فله وطؤها، ولا تطلق حتى يقدم فلان؛ إذ لا يعلم يقين مجيئه، وإن قال: بعد قدومه بشهر طلقت حين قدومه، وقدوم الحاج كأجل آت.

وفي باب الشك في إن حملت، أو إن لم يكن بك حمل.

(1) انظر: المدونة: 5/8 و9.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 5/103.

(3) قوله: (قال) زيادة من (ف2).

(4) في (ف2): (فإن).

(5) في (ف2): (في ذلك).

(6) انظر: المدونة: 5/8 و9.

(7) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 5/103.

(9) قوله: (فلان) ساقط من (ف2).

ومن قال لرجل: أخبر زوجتي بطلاقها، وأرسل بذلك إليها رسولاً، وقع الطلاق حين قوله للرسول بلغها أو كتمها، وإن كتب إلى زوجته بالطلاق ثم حبس كتابه، فإن كتبه مجمعاً على الطلاق لزمه حين كتابه له.

وإن كان ليشاور نفسه ثم بدا له؛ فذلك له[1]، ولو أخرج الكتاب من يده عازماً، وقد كتبه غير عازم؛ لزمه حين أخرجه من يده؛ فإن أخرجه غير عازم؛ فله رده ما لم يبلغها؛ فإن بلغها؛ لزمه[2].

ومن غير المدونة: ورويَ عن مالك أنه إذا أخرجه من يده لزمه كاللفظ بالطلاق والإشهاد به[3].

قال ابن القاسم: وإن ملَّك أمرَ امرأته رجلين؛ لم يجز طلاق أحدهما دون الآخر، إلا أن يكونا رسولين[4].

في تكرير الطلاق وتبعيضه في يمين، أو في[5] غير يمين ومن طلق عضواً من امرأته، والاستثناء في الطلاق

ولما أجمعوا أن من نسق يمين الطلاق بفعل أن الحكم لآخر الكلام كان كذلك من استثنى في الطلاق بعضه، أو كرر الطلاق أو قال: أنت طالق ثلاثاً لغير مدخول بها.

ولما لم تنقسم الطلقة الواحدة، لزم من طلق بعض طلقة جميع الطلقة، كما لم تنقسم الحيضة في الأمة، فاعتدت بحيضتين.

قال ابن القاسم: قال مالك[6] فمن[7] قال لزوجته: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة،

---

(1) في (ف2): (جائز).

(2) انظر: المدونة: 5/39 و40.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 5/370.

(4) انظر: المدونة: 4/243.

(5) قوله: (في) ساقط من (ف2).

(6) قوله: (قال مالك) ساقط من (ف2).

(7) في (م): (فيمن).

أو اثنتين إلا واحدة؛ فذلك له، وقد تقدم غير هذا من الاستثناء[1].

ومن[2] قال لزوجته: أنت طالق أنت طالق أنت طالق أو كان قوله ذلك [(م: 137/ب)] اعتدي؛ فهي ثلاث إن لم يكن[3] له نية بنى بها أم لا[4].

وإن نوى إسماعها بواحدة؛ فهي واحدة بنى بها، أو لم يبن.

وإن قال لها[5]: أنت طالق اعتدي؛ لزمه طلقتان إلا أن ينوي إعلامها أن عليها العدة، وإن قال: أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق[6]، أو ثمَّ ثمَّ ثمَّ[7] فهي ثلاث، ولا ينوى قال مالك: وفي النسق بالواو شكٌّ[8].

ورأيت الأغلب من قوله: أنها مثل ثم، ولا ينويه وهو رأيي، وكذلك إن قال ذلك لأجنبية، وقال معه: إن تزوجتك.

وإن طلق زوجته فسأله رجل ما فعلت؟ فقال: هي طالق فإن نوى إخباره فله نيته ويحلف.

وإن[9] قال: إذا دخلت الدار، وإذا كلمت فلاناً؛ فأنت طالق.

ثم قال ذلك ثانية في تلك الدار، أو الرجل فهي إن حنث طلقتان حتى يريد واحدة.

وفي اليمين بالله يمين واحدة، ولو حلف الثانية على دخول دار أخرى، أو كلام رجل آخر؛ فهي طلقتان ولا نية له، وإن قال لأجنبية: إن تزوجتك أو يوم أتزوجك،

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 5/130و131.

(2) في (ف2): (فمن).

(3) في (ف2): (تكن).

(4) انظر: المدونة: 4/259.

(5) قوله: (لها) ساقط من (م).

(6) قوله: (وأنت طالق) ساقط من (م).

(7) قوله: (ثم) ساقط من (ف2).

(8) انظر: المدونة: 5/17و 18.

(9) في (ف2): (ولو).

فأنت طالق طالق طالق، أو فأنت طالق أنت طالق أنت طالق[1]، أو قدم ذكر الطلاق قبل ذكر التزويج؛ فهي[2] ثلاث إن تزوجها، إلا أن يريد واحدة فيدين[3].

وإن قال: إن تزوجتك فأنت طالق، ثم قال: كل امرأة أتزوجها من بلد كذا لبلدها فهي طالق؛ فإن نكحها لزمه طلقتان، ولا ينوى.

وقال في كتاب[4] الخلع: إن أتبعه بطلاق فهي طلقتان، وإن كان بين ذلك صمات، لم يلزمه إلا طلقة الخلع[5].

ومن قال: يدك أو رجلك، أو أصبعك طالق؛ طلقت كلها، وكذلك العتق، وكذلك إن شهد عليه، وهو ينكر.

وإن طلق بعض تطليقة؛ جبرت عليه[6].

ربيعة: وإن قال: طلقة ونصف لزمه طلقتان[7] وإن قال: طلقتين[8] ونصف؛ فهي ثلاث.

ابن شهاب: ويوجع ضرباً من قال ذلك[9].

وإن قال[10] لأربع نسوة: بينكن طلقة إلى أربع؛ طلقن بواحدة واحدة وإن قال: خمساً إلى ثمان؛ طلقن ثنتين ثنتين[11]، وإن قال: تسع إلى ما فوق ذلك طلقن

---

(1) قوله: (أنت طالق) ساقط من (م).

(2) في (م): (في).

(3) انظر: المدونة: 17/5.

(4) قوله: (كتاب) ساقط من (ف2).

(5) انظر: المدونة: 177/4و 178.

(6) انظر: المدونة: 25/5.

(7) في (م): (تلفظتان).

(8) في (ف2): (طلقتان).

(9) قوله: (ويوجع ضربا من قال ذلك) ساقط من (م).

(10) قوله: (وإن قال) ساقط من (ف2).

(11) قوله: (ثنتين ثنتين) يقابله في (ف2): (اثنتين اثنتين).

بثلاث ثلاث[1].

في الطلاق قبل الملك واليمين به

وقد رأى[2] عمر، وابن عمر[3]، وابن مسعود وغيرهم وعدد كثير من التابعين أن من حلف بطلاق امرأة إن تزوجها؛ أن ذلك يلزمه، وكذلك إن خصَّ قبيلة، قال بعضهم: أو ضرب أجلاً، وأما إن عمَّ؛ فلا شيء عليه.

قال ربيعة: لأنَّ الله لم يجعل الطلاق إلا رحمة ولا العتاق إلا أجراً فإلزامه هذا من المهلكة[4].

قال غيره: وهذا من الحرج الذي رفعه الله ﷻ عن هذه الأمة، والله أعلم. لقوله[5] تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [سورة الحج آية: 78]، يقول: من ضيق.

قال ابن القاسم: فمن عمَّ كل امرأة أتزوجها طالق، فلا شيء عليه إذ عمَّ تحريم [(م: 138/أ)] ما أحلَّ الله له، كان له يومئذ أربع زوجات فأدنى أو لا زوجة له طلق بعض زوجاته أم لا.

قال ذلك في يمين مضمنة بفعل، أو في غير يمين[6].

وله أن ينكح حتى يكمل أربعاً[7]، ولو طلق كل امرأة في عصمته لزمه، ولا تلزمه فيمن يتزوج إلا أن يخص جنساً، أو بلداً أو يضرب أجلاً، فيلزمه كقوله من مضر أو همدان أو مصر، أو الشام أو من الموالي، أو إلى ثلاثين سنة أو أقلّ أو أكثر، إذا أمكن أن

---

(1) انظر: المدونة: 5/25 و26.

(2) قوله: (وقد رأى) يقابله في (ف2): (وروي عن).

(3) قوله: (وابن عمر) ساقط من (م).

(4) انظر: المدونة: 5/46 و47.

(5) في (م): (بقوله).

(6) انظر: المدونة: 5/30.

(7) في (ف2): (أربع).

يحيا إلى ما أجل من الأجل فذلك يلزمه، فإن خشي العنت في التأجيل- يريد الأجل الكثير-، ولم يجد ما يتسرر به؛ فله أن ينكح، ولا شيء عليه.

محمد: قيل لابن القاسم: في كم من الأجل إذا أضرَّ به[1] تعذره إن خاف العنت.

قال: لا أحدَّه[2] ولا أشك أن عشر سنين كثير يعذر بها.

قال أصبغ: بعد تصبر وتعفف.

وقال أشهب وابن وهب: لا يتزوج وإن خاف العنت في تأجيل ثلاثين سنة[3].

قال[4] ابن القاسم: ولو قال: إلى مائتي سنة، أو كان مسناً، فقال: إلى خمسين سنة؛ فلا شيء عليه.

قال: وإن حلف وهو ابن عشرين سنة بطلاق من يتزوج إلى أربعين سنة؛ لزمه[5].

وإن خصَّ قبيلة أو بلداً؛ فإنه يحنث كلما تزوج منهما[6]، ولو نكح منهما امرأة فطلقت بذلك، ثم نكحها ثانية لحنث، وكذلك ثالثة[7] ويحنث برجوعها إليه أبداً، وهي في رسم عودة اليمين.

وإن قال: كل امرأة أتزوجها من الموالي طالق، وتحته منهن امرأة فلا تطلق عليه؛ فإن طلقها ثم تزوجها طلقت عليه.

ومن العتق: وإن قال: إن فعلت كذا أبداً، أو يوم أفعله فنسائي طوالق، فلا يلزمه الطلاق إن حنث إلا فيمن تحته يوم حلف، ولا شيء عليه فيمن نكح بعد يمينه قبل

---

(1) قوله: (أضر به) يقابله في (ف2): (ضر به)، وفي هامش: (م): (ضربه).

(2) في (م): (أحد).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 5/120.

(4) قوله: (قال) زيادة من (ف2).

(5) انظر: المدونة: 5/31 و32.

(6) في (ف2): (منها).

(7) في (م): (ثالثه).

حنثه، فإن لم تكن له امرأة يوم حلف، فلا شيء عليه فيمن أفاد والعتق والصدقة مثله.

ومن الطلاق: وإن قال لأجنبية: إن وطئتك فأنت طالق[1]، ثم تزوجها ووطئها[2]؛ فلا شيء عليه إلا أن ينوي إن تزوجتك[3].

وكذلك إن قال لها: أنت طالق غداً فتزوجها قبل غد؛ فلا شيء عليه إلا أن ينوي[4] إن تزوجتك[5].

وكذلك إن قال لها: يوم أكلمك، أو تدخلين[6] الدار فأنت طالق، فتزوجها ثم كلمها، أو دخلت الدار كالجواب الأول.

وإن قال لزوجته: إن دخلت أنت الدار، أو قال: إن دخلت أنا الدار، فكل امرأة أتزوجها طالق، فدخل أو دخلت؛ فلا شيء عليه فيمن[7] يتزوج.

وكذلك إن قال: كل امرأة أتزوجها إن دخلت أنا الدار فهي طالق، فتزوج امرأة ثم دخل الدار؛ فلا شيء عليه فيها، ولا فيمن نكح بعدها[8].

وإن قال: كل امرأة أتزوجها ما عاشت فلانة [(م: 138/ب)] فهي طالق؛ لزمه لأنه أجل، كانت فلانة تحته أم لم تكن، فإن[9] كانت تحته فطلقها، فإن نوى بقوله ما عاشت[10] أي ما دامت تحتي[11] فله أن يتزوج وإن لم تكن له نية فلا يتزوج ما بقيت

---

(1) في (ف2): (حرة).

(2) في (ف2): (وطئ).

(3) انظر: المدونة: 5/30.

(4) قوله: (أن ينوي) يقابله في (ف2): (حتى يريد).

(5) انظر: المدونة: 5/13.

(6) في (ف2): (تدخل).

(7) في (ف2): (فيما).

(8) انظر: المدونة: 5/30.

(9) في (ف2): (وإن).

(10) في (ف2): (عشت).

(11) في (ف2): (تحته).

إلا أن يخشى العنت[1].

وإن قال: كل امرأة أتزوجها إلا من الفسطاط طالق[2]، أو قال: إن لم أتزوج منها، فكل امرأة أتزوجها طالق؛ لزمه فيمن تزوج من غيرها[3].

قال سحنون: في قوله: إن لم أتزوج منها، فكل امرأة أتزوجها طالق إن تزوج من غيرها؛ وقف ودخل عليه الإيلاء[4].

ابن القاسم: وإن قال: إلا من قرية كذا لقرية صغيرة ليس فيها ما يتزوج- يريد سعة فيما يتزوج- أو قال: إلا فلانة وهي ذات زوج، أو لا زوج لها فهو كمن عمَّ، ولا شيء عليه[5].

وكذلك قوله: إن لم أتزوج فلانة، فكل امرأة أتزوجها طالق؛ فلا شيء عليه، وإن حلف بطلاق من يتزوج من الفسطاط، فوكل من يزوجه ولم يحظر عليه، فإن زوجه منها لزمه وطلقت عليه، إلا أن ينهاه عن الفسطاط[6].

وذكر مثله في اليمين في البيع في كتاب النذور.

وإن دخل بالتي فيها اليمين والحنث؛ فلها صداق واحدٌ لا صداق ونصف كمن وطئ بعد الحنث ولم يعلم.

---

(1) انظر: المدونة: 5/33.

(2) في (م): (طلق).

(3) انظر: المدونة: 5/31.

(4) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 2643.

(5) انظر: المدونة: 5/31.

(6) انظر: المدونة: 5/39.

عياض: قال بعض شيوخنا: وكذلك لو أعلمه أنه حلف وإن لم ينهه، ويضمن الرسول الصداق. قال القاضي: ولو أقام على نهيه وإعلامه بينة لم يلزم واحدا منهما شيء، ولم ينعقد النكاح؛ لأنه لم يوكله قط عليه، وكذلك في السلعة لو أعلمه بذلك فيها واشتراها باسمه وتبرأ من الثمن لم ينعقد البيع فيها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1063 و1064.

وهذا في كتاب[1] النكاح مذكور، ومثل هذا في العتق قبل الملك[2] في[3] اختصار العتق.

ومسألة المشترطة أن أمرها بيدها إن تزوج عليها في باب التمليك، وقد[4] تقدم في باب عودة اليمين شيء من معاني هذا الباب.

في[5] طلاق المكره والسكران، والأعجمي والمشرك والمرتد والعبد، والصبي والمجنون والمبرسم[6] والسفيه، ومن أقر أنه طلق وهو صبي، أو مجنون أو قبل نكاحه

وقد رفع الله سبحانه الإثم بالإكراه في القول بقوله[7] تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ﴾ [سورة النحل آية: 106].

قال ابن مسعود: ما من كلام يدرأ به[8] عني سوطين إلا كنت[9] متكلماً به[10].

وأحبط الله تعالى عمل أهل الكفر في كتابه.

وقال النبي[11] عليه السلام: «الإسلام يَجُبُّ ما كان قبله»[12].

---

(1) قوله: (كتاب) ساقط من (ف2).

(2) قوله: (قبل الملك) يقابله في (ف2): (قيل لملك).

(3) في (ف2): (وفي).

(4) قوله: (وقد) ساقط من (ف2).

(5) قوله: (في) ساقط من (ف2).

(6) قوله: (والمبرسم) ساقط من (ف2).

(7) في (م): (لقوله).

(8) قوله: (به) زيادة من (ف2).

(9) في (م): (كتب).

(10) انظر: المدونة: 51/5.

(11) في (ف2): (نبيه).

(12) أخرجه مسلم: 112/1، في باب كون الإسلام يهدم ما قبله وكذا الهجرة والحج، من كتاب الإيمان، برقم: 121، في حديث طويل عن عمرو بن العاص رضي الله عنه، وأحمد في مسنده: 360/29، واللفظ له، برقم: 17827، ولفظه: «يا عمرو أما علمت أن الهجرة تجب ما قبلها من الذنوب، يا =

وقال: «**رفع القلم عن ثلاث**[1]**، فذكر فيهم الصبي والمجنون**»[2].

وقال الله سبحانه[3]: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ [سورة النور آية: 59] فجعل الفرض عليهم بالبلوغ، وجعل الله حد العبد نصف حد الحر، والطلاق من معنى الحدود ويجر إلى ما يوجبها[4].

قال ابن القاسم: قال مالك: لا يلزم المكره ما أكره عليه من طلاق أو خلع أو نكاح أو عتق أو غيره[5].

وكذلك إن أكره على الكفر في أسره؛ لم يفرق بينه وبين زوجته.

ولا طلاق لصبي[6] حتى يحتلم[7].

= عمرو أما علمت أن الإسلام يجب ما كان قبله من الذنوب».

(1) في (ف2): (ثلاثة).

(2) صحيح، أخرجه أبو داود: 4/141 في الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، برقم: (4403)، والترمذي: 4/32، في الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، برقم: (1423)، ومن حديث علي بن أبي طالب، ولفظه: «رفع القَلَمُ عن ثَلاثَةٍ: عن النائم حَتى يستيقظ، وعَنِ الصَّبيِّ حتى يَحتلمَ، وعن المَجنُونِ حتى يَعقِلَ».

(3) في (ف2): (تبارك وتعالى).

(4) عياض: وقوله: (والطَّلاق من حدود الله).

وقال في باب الشهادة في الطَّلاق بعد هذا: (الطَّلاق حق من الحقوق وليس بحد من الحدود).

فقوله: من حدود الله؛ أي مما حد فيه من الأحكام والأعداد، قال الله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾ [سورة البقرة آية: 229].

وقد يكون من حدود الله على ما أشار إليه في غير موضع أنه يؤول إلى الحدود من الإحصان ووجوب الرجم؛ ولذلك جعل في كثير من أحكامه العبد على النصف من الحر.

وقوله هٰهنا: وليس من الحدود في باب الشهادة أنه لا يلزم الشهود فيه إذا لم تتم الشهادة حد ولا عقوبة عليه، كما يلزم في الشهادة في الزنا والحدود، كما سيأتي تفسيره بعد هذا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1067و 1068.

(5) انظر: المدونة: 5/41 و42.

(6) في (ف2): (للصبي).

(7) انظر: المدونة: 5/42.

ومن أسلم فلا[1] يلزمه ما طلق في شركه [(م: 139/أ)]، أو حلف به فحنث في إسلامه، وينكح من أبت في شركه قبل زوج، ولو طلقها بعد أن أسلمت ثم أسلم في العدة؛ ثبت على نكاحه وقد تقدم ذكر هذا، ولا يلزم طلاق المرتد إذا أسلم، وما طلق المبرسم، أو المحموم في هذيانه وعدم عقله؛ لم يلزمه.

وكذلك المعتوه المطبق، أو المجنون الذي يفيق أحياناً يطلق في حال جنونه.

وأما السفيه في حاله المخدوع في عقله؛ فطلاقه يلزمه[2].

وطلاق السكران، وخلعه وأيمانه وعتقه يلزمه وإن قتل قُتل لأنه معه بقية من عقله، ولم يرفع القلم عنه، وليس للسيد أن يطلق على عبده[3].

وطلاق العبد طلقتان وأجله في العنة، والاعتراض والإيلاء نصف أجل الحر، وكذلك سائر الحدود، وهو في كل الكفارات كالحر.

ومن كتاب الإيلاء: وإن طلق العبد زوجته واحدة ثم عتق؛ بقيت عنده على طلقة واحدة[4].

ومن الطلاق: وما علم من الأخرس بإشارة، أو كتاب من طلاق أو عتق، أو خلع أو عتق[5] أو قذف أو بيع؛ لزمه حكم المتكلم به[6].

ومن طلق بالعجمية[7]؛ لزمه إن شهد بذلك من يعرف العجمية[8].

ومن قال لامرأته: كنت قد[9] طلقتك وأنا صبي، أو قبل أن أتزوجك؛ فلا شيء

---

(1) في (ف2): (لا).

(2) في (م): (يلزم).

(3) انظر: المدونة: 5/41 و42.

(4) انظر: المدونة: 5/174.

(5) قوله: (أو عتق) زيادة من (ف2).

(6) انظر: المدونة: 5/41.

(7) في (ف2): (بالعجمية).

(8) في (ف2): (الأعجمية).

(9) قوله: (قد) ساقط من (ف2).

عليه، وكذلك إن قال: وأنا مجنون إن عرف أنه كان به جنون[1].

قال سحنون: يلزمه الطلاق وذلك ندم منه.

قال ابن سحنون: فإن قال أحد الزوجين نكحت وأنا صبي وقال[2] الآخر: بل نكحت[3] ونحن جائزا الأمر فالقول قول من[4] قال: جائزا الأمر، ويقال لهما: أشهدا الآن.

يريد: إن لم يكن دخل بها.

جامع الطلاق في المرض، والنكاح فيه واللعان، والخلع والردة

ولما منع الرسول ﷺ المريض من الحكم في ثلثي ماله الموروث بما ينقص ورثته منه؛ كان ممنوعاً أن يدخل عليهم وارثاً، أو يخرج منهم وارثاً.

ولما منع الرسول ﷺ القاتل الميراث بما أحدث من القتل، انبغى ألا يكون المريض مانعاً لزوجته الميراث بما أحدث من الطلاق، ولا فرق بين وارثين أحدهما يدخل في الميراث بوجه، فيمنع من أجله وآخر قد أخرج بمثل ذلك الوجه، وقد قضى به عثمان رضي الله عنه بمحضر المهاجرين والأنصار رضي الله عنهم أجمعين، وقاله عمر وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما وغيرهما.

قال مالك: فلكل مطلقة في المرض الميراثُ، وإن كان الطلاق ثلاثاً[5].

وكذلك إن كان واحدة ولم يبن بها؛ فلها نصف الصداق، ولا عدة عليها للوفاة ولا الطلاق، وللمدخول بها منهما الصداق، وتعتد من يوم طلاقه وترثانه [(م: 139/ب)].

(1) انظر: المدونة: 5/25.

(2) في (م): (فقال).

(3) قوله: (نكحت) ساقط من (ف2).

(4) قوله: (قول من) يقابله في (ف2): (لمن).

(5) انظر: المدونة: 4/315.

وإن مات بعد تمام عدة المعتدة من طلاق بائن أو غير بائن، إلا أنه إن كان بائناً ومات في العدة؛ لم تنتقل إلى عدة الوفاة.

وإن[1] كان غير بائن؛ انتقلت إن مات في العدة، ولا ميراث له من واحدة منهما، إلا أن يطلقها واحدة في صحة، أو مرض بعد البناء بها[2] وتموت قبل انقضاء العدة؛ فإنه يرثها وترثه، ولا يرثها إن ماتت[3] بعد العدة.

والمطلقة في المرض تزوجت أزواجاً؛ كلٌّ يطلقها في المرض[4]؛ لورثت كل من مات منهم، وإن كانت الآن تحت زوج، ولا تجوز وصاياهم لها إذ هي وارثة[5].

ولو صحَّ المطلق صحة بينة، ثم مرض فمات بعد تمام العدة، والطلاق غير بائن، أو في العدة والطلاق بائن، أو لم يدخل بها والطلاق ثلاثاً أو واحدة؛ فلا ترثه.

ومن طلق واحدة في الصحة ثم مرض؛ فله الرجعة، إلا أن يكون بصلح فيصير نكاحاً في المرض[6].

---

(1) في (ف2): (فإن).
(2) قوله: (بها) زيادة من (ف2).
(3) في (م): (مات).
(4) في (ف2): (مرضه).
(5) انظر: المدونة: 5/59.
عياض: نبه بعض الشيوخ أنها ترث في المرض الطويل؛ لأن هذا لا يتأتى إلا بعد انقضاء العدة من كل اثنين.
قال القاضي: وقد يتفق هذا في المدة القريبة أن يكون جميعهم لم يدخل بها، واتفق مرض كل واحد منهم بأثر عقد نكاحه أو تفترق الحالات، فيكون الأول دخل وتركها حاملا فولدت للغد ونحوه، ثم تزوجها آخر فمرض لأمد قريب، ثم ثالث فيجرح جرحاً مرض منه، وهكذا حتى يتفق في الأيام اليسيرة بل في اليوم الواحد مثل هذا، وأيضا فإنها فرض مسائل يتكلم عليها إن اتفقت.
وقد اختلف في المرض المخوف إذا طال بما هو مذكور في كتبنا، وأقرب أن يحتج لهذا بقوله في (المجذوم وصاحب السل وشبهه: إن كان أضناه وألزمه البيت والفراش يخاف عليه)، ومعلوم أن هذه الأمراض مما يطول وإن التزم صاحبها الفراش. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1069و1070.
(6) قوله: (ومن طلق واحدة في الصحة ثم مرض... المرض) ساقط من (ف2)، وانظر المسألة في:

ولو كان الطلاق واحدة وقد بنى بها، ومات في العدة بعد صحته؛ لورثته.

ولو طلق واحدة ثم صحَّ ثم مرض، فأردفها طلقة أو أبتها؛ لم ترثه إن مات، إلا أن يموت في العدة من الطلاق الأول؛ فإنها ترثه، فإن ارتجع من الطلاق الأول؛ عادت كزوجاته، ثم إن طلق[1] في المرض الثاني ورثته، والمبتوتة في المرض إن ماتت قبله ثم مات من مرضه ذلك؛ لم ترثه، ولا يرث ميت من حي مات بعده.

وإن قال لها: إن دخلت الدار أو قال[2]: إن قدم فلان فأنت طالق، فدخلت أو قدم فلان[3] في المرض؛ لزمه[4] الطلاق وورثته إن مات فيه[5].

وإن أقرَّ المريضُ أنه طلق في صحته؛ ورثته، والعدة من يوم أقرَّ.

قال في كتاب التمليك: وإن جعل أمرها بيد رجل يطلق متى شاء، فطلق بعد مرض الزوج؛ فذلك لازم وترثه، وإن قذفها في مرضه فلاعن ثم مات؛ ورثته[6].

ومن كتاب الخلع: وإن خالع في مرضه؛ ورثته، وإن خيرها في مرضه، أو في[7] صحته، أو ملكها فقضت وهو مريض؛ ورثته ولا يرثها[8].

وبقية هذا في اختصار كتاب[9] الخلع.

ومن الإيلاء: وإن آلى صحيح ثم مرض، فلم[10] يفِ بالكفارة فطلق[11] عليه ثم =

المدونة: 5/59، وما بعدها.

(1) في (ف2): (طلقها).

(2) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(3) قوله: (فلان) ساقط من (ف2).

(4) في (ف2): (لزم).

(5) انظر: المدونة: 5/60.

(6) انظر: المدونة: 4/248 و249.

(7) قوله: (في) ساقط من (ف2).

(8) انظر: المدونة: 4/185.

(9) قوله: (كتاب) زيادة من (ف2).

(10) في (ف2): (ولم).

(11) في (م): (وطلق).

مات؛ ورثته[1].

قال في كتاب الطلاق: وكذلك كل طلاق وقع في مرضه، إلا أن يرتد في مرضه[2]؛ فيقتل على ردته؛ فإنها لا ترثه، إذ لا يتهم أحد بالردة على منع الميراث، وإن طلقها في مرضه فقتلته عمداً؛ قتلت به، فإن عفي عنها؛ لم ترث من مال ولا دية، وفي الخطأ ترث من المال دون الدية.

وإن تزوج في المرض ثم طلق فيه؛ لم ترثه، وكذلك لو لم يطلقها وهو نكاح لا يقرّ، ولا صداق لها، إلا أن يبني بها في المرض؛ فلها الأقل من المسمى، أو المثل في الثلث يبدأ على الوصايا بعتق[3] وغيره[4][(م: 140/أ)].

وقيل: إن المسمى في الثلث، وإن كان أكثر من المثل.

ورويَ عن مالك: واختلف في الزائد على المثل فقيل: يبطل، قاله ابن القاسم.

وقيل: يحاص به في[5] الوصايا[6].

واختلف قول مالك فيه إذا صحَّ، فقال: يثبت، وقال[7]: يفسخ.

وإن طلق في مرضه زوجته قبل البناء، ثم تزوجها قبل صحته؛ فلا نكاح لها، إلا أن يبني[8] بها؛ فيكون كمن نكح في مرضه وبنى فيه.

قال أبو محمد: يريد: ولها الميراث.

والمرض الذي يحجب فيه عن ماله هو الذي ترثه إن طلق فيه.

وقال: وحاضر الزحف ومن حبس للقتل؛ فله حكم المريض في ذلك، وأما إن

---

(1) انظر: المدونة: 5/167.

(2) قوله: (إلا أن يرتد في مرضه) ساقط من (ف2).

(3) في (ف2): (عتق).

(4) انظر: المدونة: 5/63 و64.

(5) في (م): (أهل).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 4/452 و453.

(7) في (ف2): (وقيل).

(8) في (م): (بني).

قرب لحد[1] من قطع يد أو رجل أو جلد، فما خيف من ذلك عليه به الموت، فطلق حينئذ ثم مات من ذلك؛ فإنها[2] ترثه[3].

وأما المفلوج وصاحب حمى الربع، والأجذم والأبرص والمقعد، وذو الجراح والقروح، فما أرقده وبلغ به من ذلك حد الخوف عليه؛ فله حكم المريض، وما لم يبلغ ذلك به؛ فله حكم الصحيح.

فرب مفلوج أو يابس الجذام يتصرف ويسافر، وكذلك ما أشبههما ومنهم من يكون به من دائه ذلك[4] ما يضنيه ويرقده ويخاف عليه منه فما انتهى به إلى ذلك؛ فأفعاله في الثلث وترثه التي طلق فيه[5].

ورويَ لمالك: في راكب[6] البحر والنيل والفرات، وبطائح البصرة في أحين[7] الخوف والهول؛ أن أفعاله من[8] الثلث.

---

(1) في (م): (بحد).

(2) في (م): (فإنه).

(3) انظر: المدونة: 5/61.

عياض: عارضها بعضهم بأنه لو خيف عليه الموت من الحد لم يقم عليه، فأجاب بعضهم أن هذا لم يقصد بالكلام عليه، وإنما أجاب عن الفصل الذي سئل عنه.

ولو سأله: هل يقام الحد على من هذه حاله؟ لقال: لا، وقيل: لعله إذا فعل ذلك من يراه صوابا من الحكام أو من جهل ذلك منهم واعتل القابسي أن معناها بعد إقامته.

وهذا إحالة المسألة لوجهين؛ أحدهما: أنه قال في السؤال: قرب لضرب الحدود، والثاني: قياس ابن القاسم لها على حاضر الزحف الصحيح، ولو كان كما قال كان مريضا لا يختلف في فعله.

وذهب ابن أبي زيد أن الخوف إنما حدث منه أو أدركه من الجزع ما يدرك حاضر الزحف وراكب البحر، فحكم له بحكمهما، وهذا أشبه وأولى، ولو كان القطع لحرابة لم ينبغ أن يلتفت إلى الخوف عليه وأقيم عليه الحد بكل حال؛ إذا حد حدود القتل. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة: 1070و1071.

(4) قوله: (ذلك) زيادة من (ف2).

(5) انظر: المدونة: 5/62.

(6) في (م): (ركب).

(7) في (ف2): (حين).

(8) في (ف2): (في).

ورويَ عنه: أنها من رأس المال[1].

محمد: والطلاق على نحو ذلك من اختلاف القول.

قال ابن شهاب: فيمن به رمد أو جرب، أو ريح أو لَقْوَة[2]، أو فتق فطلق حينئذ بتاتاً؛ فإنها لا ترثه[3].

قال[4] ربيعة: وإنما يتوارثان في المرض المخوف.

قال ربيعة في المريض: إن تماثل ثم نكس؛ ورثته إلا أن يصح صحة بينة[5].

جامع القضاء في الطلاق والإقرار به والشهادة فيه

قال سبحانه: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [سورة الطلاق آية: 2].

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ. قال: «**إذا ادعت امرأة طلاق زوجها فجاءت على ذلك بشاهد عدل استحلف زوجها، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر وجاز طلاقه**»[6].

قال ابن القاسم: وإن ادعت الزوجة طلاقاً؛ لم يحلف الزوج وترك وإياها، فإن

---

(1) انظر: المدونة: 5/61 و62.

(2) قال ابن منظور: اللَّقْوَة هو مرض يَعْرِضُ لوجه فيُميلُه إلى أَحد جانبيه، وفي حديث ابن عمر أَنه اكْتَوَى من اللَّقْوَة. انظر: لسان العرب، لابن منظور: 15/253.

(3) عياض: معناه أن مثل هذه الأمراض منها ما يخف ويتصرف به صاحبه ويطول أمر بعضها، فالناس لا يعودون أصحابها؛ لأنهم غالبا لا يلازمون الفرش والعيادة إنما هي لمن تخلف، فيعاد ليعلم حاله، وليقام عليه في مرضه فيما احتاج إليه، لا أن العيادة هذه غير مسنونة، ولا مستحبة، وقد جاء في حديث زيد بن أبي أرقم: عادني رسول الله ﷺ من وجع كان بعيني. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1072و1073.

(4) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(5) انظر: المدونة: 5/67.

(6) الحديث أخرجه ابن ماجه: 1/657، في باب الرجل يجحد الطلاق، من كتاب الطلاق، برقم: (2038)، وقال في الزوائد: هذا إسناده صحيح ورجاله ثقات، والدارقطني في سننه: 4/64، في كتاب الطلاق والخلع والايلاء وغيره، برقم: (155) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

أقامت شاهداً؛ حلف ومنع منها حتى يحلف، فإن نكل؛ فرويَ عن مالك أنها تطلق عليه مكانه، وعدتها من يوم الحكم [(م: 140/ب)] ورويَ أنه يسجن حتى يحلف، فإن طال سجنه؛ خلي ولم تطلق عليه[1].

قال[2] ربيعة: وعدتها من يوم الحكم[3].

وامرأتان[4] في ذلك بمنزلة رجل، ويحلف إن كانتا ممن يجوز أن تشهدا لها في الحقوق، وكذلك الحرية.

وقال[5] في كتاب العتق: ولا تجوز في ذلك شهادة أمِّ المرأة أو عمتها أو خالتها، وليس ذلك مثل الحقوق[6].

ولا تحلف الزوجة أو العبد مع الشاهد في هذا، ولا يقضى بشاهد ويمين في ذلك، لأن الرسول ﷺ إنما قضى به في الأموال، وهذا مثل الحدود، وكذلك ذكر الله تبارك وتعالى شهادة النساء في آية الدين، ولا تجوز شهادتهن في طلاق أو نكاح أو حد أو عتق وإن كن مع رجل.

وتجوز فيه الشهادة على الشهادة، ولا يجوز نقل واحد عن واحد، ولا يحلف الزوج بذلك في الطلاق.

---

(1) انظر: المدونة: 5/81.

(2) قوله: (قال) زيادة من (ف2).

(3) عياض: وأما كون العدة عند ربيعة من يوم الحكم فاحتياط للأزواج؛ إذ لم يحقق اليوم الذي طلقها فيه، وأما التي تبين منها فمن يوم طلق أولا؛ وذلك لأن المرأة إن قامت بذلك فهي معترفة بأن العصمة قد انقطعت بينها وبينه من يومئذ، وإن لم تقم فلا يبيح لها الرجعة إذا لم يحلف على تكذيب الشهود، فهو كالمصدق لكل واحد منهم.
والذي يأتي على مذهَبِنا وأصولنا أن العدة من يوم أرخ الشاهد الثاني الذي يحكم عليه في ذلك بتطليقة، وإن أرخوا كلهم وقتا واحدا فمنه العدة. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1080.

(4) في (ف2): (وامرأتين).

(5) في (ف2): (قال).

(6) قوله: (مثل الحقوق) يقابله في (ف2): (كالحقوق)، وانظر المسألة في: المدونة: 5/359.

وتجوز شهادة الأعمى على معرفة الصوت في الطلاق وغيره، وكذلك من سمع جاره من وراء جداره يطلق وإن لم يشهده.

وكذلك القذف: يمر به فيسمعه؛ فليشهد به وإن لم يشهده.

وتجوز شهادة المحدود في القذف على الطلاق إذا حسنت حاله، أو كان صالحاً فازداد[1] صلاحاً[2].

ولا تجوز شهادة ذمي على مسلم، ولا على ذمي على مثل دينه، أو على دين آخر في شيء من الأشياء.

ولا تجوز شهادة السيد على طلاق عبده زوجته، وهي أمة للسيد، أو لغيره أو حرة، ولا مع رجل معه، لأنه[3] عيب يتهم على إزالته.

ولا تجوز شهادة النساء في الطلاق، وإن كنَّ مع رجل.

ومن طلق زوجته في سفر ثلاثاً ببينة، ثم قدم قبل البينة فوطئها، ثم أتت البينة فشهدوا وهو منكر؛ فرق بينهما، ولا شيء عليه.

قال يحيى بن سعيد: ولا يضرب[4].

يريد الحدَّ، والله أعلم.

وإن شهدوا[5] أنه طلق واحدة من نسائه معينة نسياها؛ لم تجز الشهادة إن أنكر الزوج ويحلف ما طلق واحدة منهن، وإن شهدوا[6] أنه قال: إحداهن طالق، قيل للزوج: إن نويت واحدة تذكرها، وإلا طلقن كلهن[7].

وإن قال: إن كنت دخلت دار فلان فامرأته طالق، وقد أقرَّ قبل يمينه عند بينة أنه

---

(1) في (م): (فزاد).

(2) انظر: المدونة: 5/74.

(3) في (ف2): (لأنهم).

(4) انظر: المدونة: 5/79.

(5) في (م): (شهدا).

(6) في (م): (شهدا).

(7) انظر: المدونة: 5/70.

دخلها، فقال: الآن كنت في إقراري كاذباً صدق مع يمينه، ولا يحنث.

ولو أقرَّ عند قوم بعد يمينه، وبعد شهادة البينة بيمينه أنه قد كان دخلها؛ لم ينفعه تكذيب نفسه، وألزمته الطلاق في القضاء، وإن[1] لم تقم به البينة، وعلم أنه كذب في إقراره عندهم بعد يمينه؛ حلَّ له المقام عليها بينه وبين الله ﷻ، ولم يسع امرأته المقام إن سمعت إقراره هذا إلا ألا تجد بينة ولا سلطاناً[2]، فهي كمن طلقت ثلاثاً ولا بينة لها، فلا[3] تتزين له ولا يرى لها[4] شعراً ولا وجهاً [(م: 141/أ)] إن قدرت، ولا يأتيها إلا كارهة، ولا ينفعها مرافعته، ولا يمين عليه إلا بشاهد[5].

يحيى بن سعيد: فيمن طلق وأشهد، ثم كتم هو والبينة ذلك إلى حين موته، فشهدوا بذلك حينئذ؛ فلا تجوز شهاداتهم إن كانوا حضوراً مع الزوجين، ويعاقبون ولها الميراث[6].

قال ابن القاسم: ولو[7] شهد عليه شاهد بالبتة، وآخر بالثلاث أو بقوله: أنت علي حرام؛ لزمه ثلاثاً[8].

وكذلك واحد بخلية، وآخر ببرية أو بائن، وإن شهد واحد بالثلاث[9].

قال في كتاب محمد: بالبتة وآخر بواحدة؛ لزمته واحدة، وحلف على البتات، فإن نكل؛ فعلى[10] ما ذكرنا من اختلاف القول[11].

---

(1) في (ف2): (فإن).

(2) في (ف2): (سلطان).

(3) في (ف2): (ولا).

(4) قوله: (لها) ساقط من (م).

(5) انظر: المدونة: 5/78 و79.

(6) انظر: المدونة: 5/80.

(7) في (م): (ومن).

(8) في (م): (ثلاث).

(9) انظر: المدونة: 5/72 و73.

(10) في (م): (فعل).

(11) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/174 و175.

قال ابن شهاب: في شاهد[1] بواحدة، وآخر باثنتين وآخر بثلاث؛ فهي اثنتان[2].

ابن القاسم: وإن شهد واحد أنه طلق ثلاثاً، وآخر أنه قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، وشهد هو وآخر أنه دخلها؛ لم تطلق، لأن هذا على فعل، وهذا على إقرار[3].

وإن شهد واحد أنها سألته الطلاق على ألف ففعل، وقال آخر[4]: بل على عبدها؛ لم تجز الشهادة[5].

---

(1) في (م): (بشهادة).

(2) في (ف2): (اثنتين)، وانظر المسألة في: المدونة: 5/ 73.

(3) في (م): (إقراره)، وانظر المسألة في: المدونة: 5/ 73.

(4) في (م): (الآخر).

(5) عياض: قال ابن محرز: رأيت في بعض الروايات بأثر هذا: وعليه اليمين.

قال القاضي: ولم تقع هذه الزيادة في النسخ الواصلة إلينا، ولا... عند شيوخنا.

وقد قال سحنون في المسألة: إن كانا منكرين، فالقول ما قال ابن القاسم، وهذا يدل على بطلان تلك الزيادة.

قال: وكذلك إذا ادعت شهادتهما جميعا.

وقيل: يحلف الزوج على تكذيب كل واحد منهما، وإن اختلفت الشهادتان؛ لأنها شبهة توجب اليمين، وظاهر قول سحنون أنه لا يمين عليه.

وكذلك لو ادعى الزوج شهادتهما جميعا وهي تنكر، إلا أن الطَّلاق يلزم لاعترافه به، وعليها هي اليمين في الوجه الذي به تدعي الخلع.

وقيل: لا يمين عليها، ولا يحلف هو مع واحد منهما، ولو قامت هي بأحدهما وهو منكر لها حلف الزوج على تكذيبه لا غير.

ولو قام هو بأحدهما وهي منكرة لهما حلف الزوج واستحق ما شهد له به شاهده، ولزمه الطَّلاق.

زاد غيره: ويحلف على شهادة الآخر.

وإن قامت بأحدهما وقام هو بالآخر؛ فذهب القابسي إلى أنه ينظر: فإن كان الزوج قام بشهادة الدراهم بيع العبد فيها ووفيت له؛ يعني إن كان في ثمن العبد عددها فأكثر، ولا يخالف - هنا - فإن فضلت فضلة من ثمن العبد وقفت حتى يرجع الزوج إلى طلبها وقول المرأة وإن نقص شيء حلفت المرأة على تكذيب شاهد الزوج، وسقطت عنها الزيادة.

وقيل: يحلف مدعي الفضل منهما ويأخذ.

=

وإن شهد واحد أنه قال: أنت طالق إن دخلت الدار وأنه دخل، وشهد آخر أنه قال: أنت طالق إن كلمت فلاناً وأنه كلمه؛ لم تطلق ويحلف، فإن نكل فكما ذكرنا وكذلك الحرية.

وإن شهد واحد أنه طلقها يوم الخميس بمصر في رمضان، وشهد آخر أنه طلقها يوم الجمعة بمكة في ذي الحجة؛ طلقت عليه، لأنه من وجه الإقرار بخلاف الأفعال، وكذلك الحرية.

وكذلك إن شهد كل واحد على يمينه بطلاقها إن دخل دار فلان لدار واحدة، وأن يمينه في بلدين ويومين على ما ذكرنا، وشهدا هما أو غيرهما أنه دخلها بعد آخر يمينه؛ طلقت عليه، وكذلك لو شهد أحدهما بدخوله في وقت، والآخر في وقت بعده، وكلا الوقتين بعد يمينه؛ طلقت عليه[1].

محمد: ولو شهد واحد أنه دخلها لزمته اليمين.

ولو شهد واحد على يمينه، وآخر على دخوله؛ فلا يمين عليه حتى يشهد اثنان على فعل أو يمين، فيحلف على تكذيب الشاهد الباقي، حتى لو شهد واحد بيمينه =

وإن كان الزوج هو القائم بالعبد وهو مضمون أخذت الدراهم من المرأة فاشتري بها للزوج عبد على الصفة ولا أيمان هنا أيضاً وإن نقصت الدراهم عن ثمنه حلف الزوج واستحق الزيادة وإن فضل من الدراهم فضل فكالأول.

وكذلك إن كان العبد معيناً وليس في ملكها، الجواب واحد ويحلف -هنا -الزوج إن كان ثمن العبد أكثر من الدراهم.

وإن كان العبد معيناً في ملكها حلف الزوج على ما كانت دعواه من شهادة الشاهدين، قاله سحنون.

وقيل: إن كان الزوج هو الذي قام بشهادة العبد، وذلك في مجلس واحد، فهو تكافؤ ويقضى بالأعدل مع يمين القائم؛ لأنه إن كان الأعدل شاهد الزوج فباليمين معه يستحق حقه، وإن كان شاهد المرأة فتحلف على تكذيب شاهد الزوج ودعواه وإن كانا في مجلسين وعرف الأول، فالحكم له، والآخر لغو وإن لم يعلم حلفا، وقسم العبد والدراهم بينهما ولا خلاف أن الطَّلاق لازم في جميع الوجوه إلا في إنكار الزوج أمر الشاهدين جميعا لاعترافه في غير هذا الوجه بالطَّلاق إما معهما أو مع أحدهما. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1081، وما بعدها.

(1) انظر: المدونة: 5/71.

وبدخوله، لحلف أنه ما حلف أو ما دخل، يحلف على أيهما شاء.

قال ابن القاسم: كذلك لو حلف ألا يكلم رجلاً بطلاق امرأته[1]، فشهد[2] عليه رجل أنه كلمه في السوق، وآخر أنه كلمه في المسجد؛ حنث[3].

وفي[4] اليمين بالعتق قال ربيعة: ومن شهد عليه ثلاثة نفر كل واحد بطلقة ليس معه صاحبه، فأُمر أن يحلف فأبى، وقال: إن قطعت الشهادة [(م: 141/ب)] علي فأنفذها[5]، قال: فليفرق بينهما وتعتد من يوم نكل وقضي عليه[6].

أبو محمد[7]: أراه يريد[8] أنه يلزمه بالنكول ثلاث[9].

ولو شهدوا أن ذلك في وقت واحد؛ لزمته واحدة، ولم يلزمه يمين.

ولو أرخوا كلهم وقتاً واحداً؛ لكانت العدة منه لا من يوم الحكم، ولو أرخ كل واحد تأريخاً مختلفاً؛ لاعتدت من التأريخ الثاني.

ولو اتفق اثنان على تاريخ قديم[10] كانت العدة منه.

ولو كان اتفاقهما على تاريخ حديث كانت العدة منه.

وإن أقر الزوج بالقديم لم تكن العدة منه.

قال محمد: إن شهد شاهد أنه طلقها طلقة عام أول، وشهد آخر أنه طلقها طلقة العام لزمته واحدة.

---

(1) قوله: (بطلاق امرأته) يقابله في (ف2): (بالطلاق).

(2) في (م): (فيشهد).

(3) انظر: المدونة: 5/72.

(4) في (ف2): (ومثله في).

(5) في المدونة (زايد وصادر): (فأبعدها)، وفي (العلمية): (فأنفذها)، وفي الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل: 1/272 (فأنفذها).

(6) انظر: المدونة (زايد): 5/73، (صادر): 3/42، (العلمية): 2/92، وتهذيب البراذعي: 2/368.

(7) قوله: (أبو محمد) ساقط من (ف2).

(8) في (م): (أراد).

(9) قوله: (بالنكول ثلاث) يقابله في (م): (النكول ثلاثا).

(10) في(م) قوله: (قد تم).

وقال ابن القاسم: إن شهد شاهدان بطلقة وآخران بطلقة وآخران بطلقة في مجالس مفترقة والزوج يقول: هي واحدة أشهدتهم بها، فلا ينفعه وهي ثلاث، قال: وذلك كشهادتهم بالمال.

قال أصبغ: أرى أن يحلف ولا يلزمه إلا طلقة إذا كان قوله لكل شاهدين اشهدا أني طلقتها ولو قال: اشهدوا أنها طالق لزمته ثلاث[1].

وأما الديون: فإن كان بغير كتاب؛ فذلك مال واحد إذا تقاربت[2] أوقات الشهادات[3] كمن يشهد هاهنا[4] ثم يقوم فيشهد هاهنا[5].

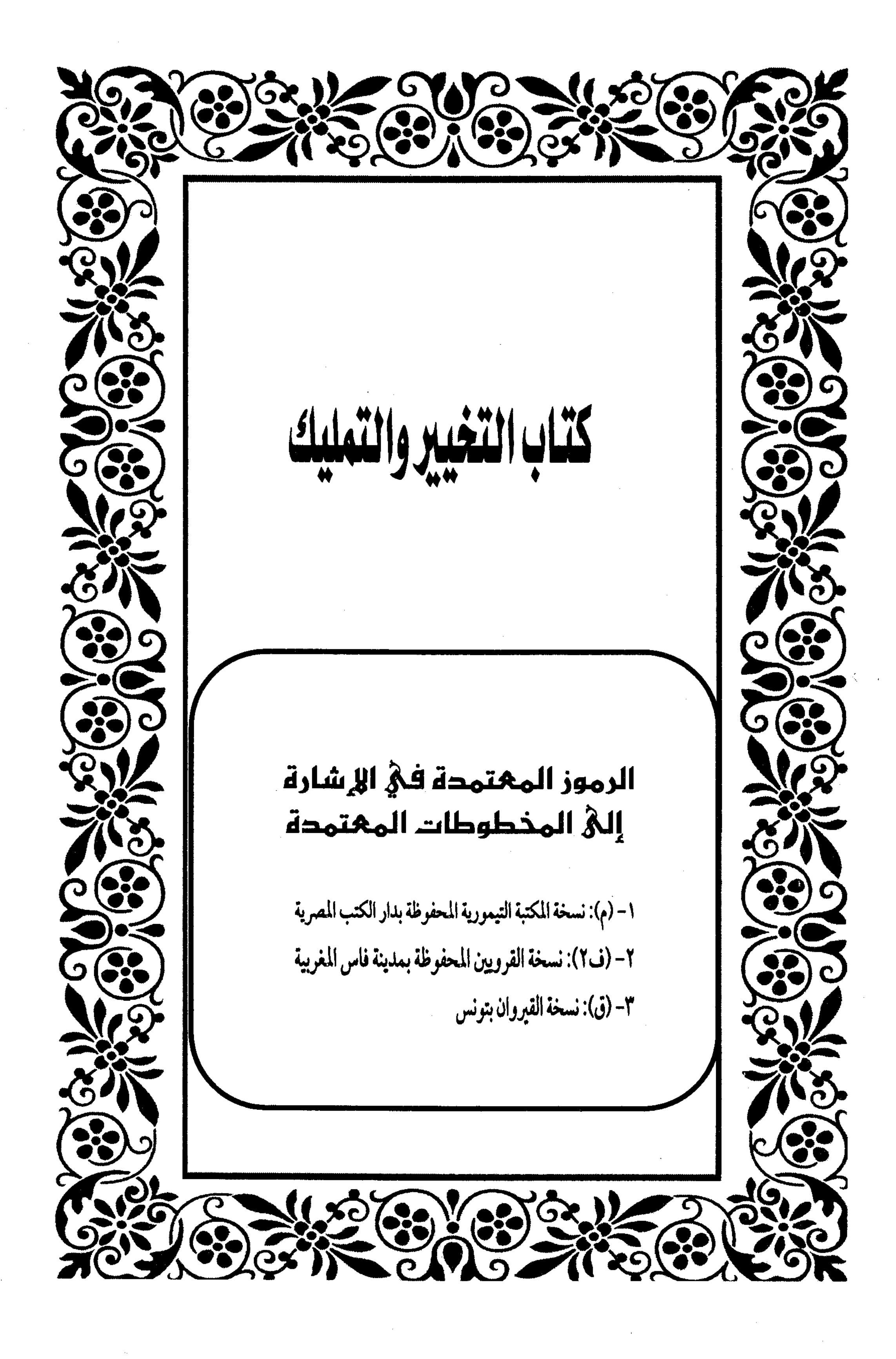
و لو كان بكتاب واحد كان مالاً واحداً[6]، ولو كانت بكتب مفترقة؛ كانت ثلاثة أموال[7].

قال أبو محمد: باب خيار الأمة تعتق تحت العبد أضفته إلى كتاب التخيير والتمليك.

تم كتاب الأيمان بالطلاق[8] بحمد الله وحسن عونه
وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً [(م: 142/أ)]



(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 176/5.
(2) في (ف2): (تقاربت).
(3) في (ف2): (الشهادة).
(4) في (ف2): (هنا).
(5) في (ف2): (هنا).
(6) قوله: (مالاً واحداً) يقابله في (ف2): (المال واحد).
(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 176/5.
(8) قوله: (كتاب الأيمان بالطلاق) يقابله في (م): (الكتاب).



كتاب التخيير والتمليك

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١- (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية

٢- (ف٢): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٣- (ق): نسخة القيروان بتونس

كتاب التخيير والتمليك[1]

بما دخل فيه من الطلاق في ذكر البتة والحرام، والبرية وما يلزم من ألفاظ الطلاق، أو[2] ما أريد به طلاق[3]، أو عتاق من اللفظ

وسمى الله ﷻ الطلاق بغير اسم فقال: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ﴾ [سورة الطلاق آية: 1]، وقال:

(1) عياض: اختلف شيوخنا هل التخيير مكروه لاقتضائه الطَّلاق الثلاث المنهي عنه أم مباح؟ إذ ليس نفس إيقاع الثلاث، وإنما هو مسبب له أو لظاهر الآية في أمر النبي ﷺ بالتخيير وفعله ذلك.
والأظهر في الآية التخيير فيما بين الدنيا والآخرة، ثم رجوع الأمر بعد ذلك إن اخترن الدنيا للنبي، فيمتع ويسرح، وأن السراح الجميل لا يقتضي البتات بلفظه وليس في أمره عائشة بمشاورة أبويها ما يدفع هذا الاحتمال؛ إذ اختيارها سبب لتسريحه إياها، وكان يكره ذلك ثم اختلف العلماء في الخيار إذا وقع اختلافاً كثيرا، والمتحصل من الأقوال في مذهَبِنا فيها ستة أقوال: أشهرها مذهب الكتاب، وأن اختيار المرأة ثلاث ولا مناكرة للزوج، نوت المرأة الثلاث أم لا، وأن قضاءها بدون الثلاث لا حكم له. ثم اختلف هل هو مسقط للخيار ولا قضاء لها بعد، أم لها القضاء ثانية؟
الثاني: أنها ثلاث بكل حال وإن نوت دونها أو لم تنو شيئا، ولا تسأل عن شيء ولا مناكرة للزوج، وهو قول عبد الملك.
الثالث: أنها واحدة بائنة، ذكره ابن خويزمنداد عن مالك، وهو أحد مذهبي علي بن أبي طالب ط، وتأوله اللخميّ على حكاية ابن سحنون عن أكثر أصحابنا واختاره هو.
الرابع: أن للزوج المناكرة في الثلاث والطلقة بائنة، وهو قول ابن الجهم، وهو الظاهر عندي من معنى ما حكاه ابن سحنون عن أكثرأصحابنا لا ما تأوله اللخميّ.
الخامس: له المناكرة والطلقة رجعية، وهو ظاهر قول سحنون، وعليه تأوله اللخميّ كالتمليك، وهو قول عمر، وعلي أولا. ومذهب أبي يوسف أن الخيار طلقة رجعية.
السادس: أنها إن اختارت نفسها فهي ثلاث، وإن اختارت زوجها أو ردت الخيار عليه فهي واحدة بائنة، وهو قول زيد بن ثابت، وحكاه النقاش عن مالك، والحسن والليث رأوا أن نفس الخيار طلاق والخلاف فيه قائم من الموطأ، وهو قوله بعد قول ابن شهاب: إذا خير الرجل امرأته فاختارته، فليس ذلك بطلاق. قال مالك: وذلك أحسن ما سمعت، ولم ير أبو حنيفة الخيار حكماً، وللسلف في هذا خلاف زائد على ما ذكرناه. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1089، وما بعدها.

(2) في (ف2): (و).

(3) في (ق): (الطلاق).

﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ﴾ [سورة الطلاق آية: 2]، وقال: ﴿أَوْ سَرِّحُوهُنَّ﴾ [سورة البقرة آية: 231] فكل ما قارب ذلك من ألفاظ الطلاق، فله حكمه.

وكذلك من أراد بغير ألفاظ الطلاق طلاقاً، كما جعل الله ﷻ الرمز، وهو الإيماء كالكلام في العبارة به عن[1] المراد بقوله: ﴿أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [سورة آل عمران آية: 41].

وكما كان ما فعله المتلاعنان من تلاعنهما وتفرقهما طلاقاً، وإن لم يلفظ به.

وكذلك رويَ في المختلعة لما ردت عليه الحديقة فبأخذها[2] كان طلاقاً.

وقال عمر وابن عمر وابن عباس وغيرهم: إن البتة كالثلاث[3].

قال عمر وعلي في الحرام: ثلاث[4].

وكذلك قال علي وابن عمر في البائنة، والخلية والبرية[5].

قال زيد بن أسلم في قول الله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [سورة التحريم آية: 1] إنما ذلك أنه ﷺ حلف بالله ألا يطأ مارية أم ولده، ثم قال بعد ذلك: «هي علي حرام»، فأمره الله فكفر[6]، فكانت كفارته ليمينه لا لتحريمه[7].

والطلاق من حدود الله ﷻ، ومما يرهب أن يتعدى[8] فيه حدوده، وقد جاء أن هزله جد[9].

---

(1) في (ف2): (على).

(2) في (ف2): (أخذها) وفي (ق): (فأخذها)، والحديث أخرجه البخاري: 5/2021، في باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، من كتاب الطلاق، برقم: 4971، والنسائي: 6/169، في باب ما جاء في الخلع، من كتاب الطلاق، برقم: 3463، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(3) في (م): (كالثالث)، وفي (ق): (في الثلاث).

(4) في (ف2): (ثلاثاً)، وانظر المسألة في: المدونة: 4/256.

(5) انظر: المدونة: 4/267.

(6) في (م): (يكفر).

(7) انظر: المدونة: 4/255.

(8) في (ق): (يعتدى).

(9) حسن، أخرجه أبو داود: 1/666، في باب في الطلاق على الهزل، من كتاب الطلاق، برقم: 2194، =

قال ابن القاسم: ومن قال لزوجته[1]: أنت طالق، ونوى اثنتين أو ثلاثاً[2]؛ فهو ما نوى، وإن لم ينوِ شيئاً؛ فهي واحدة بنى بها أم لا[3].

وإن قال: أنت طالق طلقة بائنة؛ فهي ثلاث في المدخول بها.

وكذلك قوله: الحقي واستتري[4] -يريد واحدة بائنة-؛ فهي ثلاث[5].

وإن قال: أنت طالق طلقة لا رجعة لي عليك فيها[6]؛ فله الرجعة ولا يضره ما قال أو ما[7] نوى، إلا أن ينوي بلا رجعة لي عليك الثلاث.

وإن قال: أنت طالق الطلاق كله؛ فهي[8] الثلاث.

فإن أراد [(م: 142/ب)] أن يطلق ثلاثاً أو يحلف بها، فقال: أنت طالق، ثم سكت عن ذكر الثلاث، وتمادى في يمينه، إن كان حالفاً؛ فهي واحدة إلا أن يريد بلفظه طالق[9] الثلاث، ولو أخذ ليحلف على شيء، فلما قال: طالق ثلاثاً بدا له فصمت فلا شيء عليه[10].

= والترمذي: 3/490، في باب الجد والهزل في الطلاق، من كتاب الطلاق، برقم: 1184، وقال: هذا حديث حسن غريب، وابن ماجه: 1/658، في باب من طلق أو نكح أو راجع لاعباً، من كتاب الطلاق، برقم: 2039، من حديث أبي هريرة ﷺ. قال ابن حجر: وهو من رواية عبد الرحمن بن حبيب بن أَرْدَك وهو مختلف فيه؛ قال النسائي: منكر الحديث، ووثقه غيره؛ فهو على هذا حسن. انظر: التلخيص الحبير: 3/449.

(1) قوله: (لزوجته) ساقط من (ف2) و(ق).

(2) في (ق): (ثلاث).

(3) انظر: المدونة: 4/265.

(4) في (ف1): (أو استبرئي).

(5) انظر: المدونة: 4/257 و258.

(6) في (م): (منها).

(7) قوله: (ما) زيادة من (ف2).

(8) في (ف2): (فهو).

(9) في (م): (بطلاق)، وفي (ق): (بطالق).

(10) انظر: المدونة: 4/265.

ومن طلق البتة، أو قال: أنا منك باتٍ؛ فهي ثلاث لا ينوّى، دخل أو لم يدخل[1].

وإن قال: حبلك على غاربك؛ فهي ثلاث، ولا ينوّى دخل أو لم يدخل[2].

محمد: إلا قبل البناء فينوَّى أو يحلف[3].

ولم يأخذ مالك بما رويَ عن عمر.

قال مالك: ولو ثبت عندي أن عمر قاله ما خالفناه[4].

قال غيره: ولم يبين[5] في حديث عمر دخل بها[6] أو لم يدخل[7].

وإن قال لامرأته: أنت عليّ حرام، أو قال: خلية أو برية أو بائنة ، قال: مني أو أنا منك أو لم يقل، أو وهبتك أو رددتك إلى أهلك.

عبد العزيز: أو إلى أبيك، فذلك في المدخول بها ثلاث.

ولا ينوى في دونها قبل الموهوبة أهلها، أو ردوها، وله نيته في ذلك كله إن لم يدخل بها في واحدة فأكثر منها، وإن لم تكن له نية؛ فذلك ثلاث فيهن.

وهو كقوله فيها: اختاري، وقوله: قد خليت سبيلك، وقد بنى أو لم يبن، فإنه ينوى في واحدة فأكثر منها، فإن لم تكن له نية؛ فهي ثلاث.

قال ابن وهب: قال مالك: إن قوله قد فارقتك كقوله: قد خليت سبيلك سواء.

قال ابن شهاب في قوله: أنت السراح هي واحدة حتى ينويَ البتاتَ[8].

---

(1) قوله: (ومن طلق البتة، أو قال... لم يدخل) ساقط من (ق).

(2) قوله: (دخل أو لم يدخل) ساقط من (ف2) و(ق)، وانظر المسألة في: المدونة: 4/257.

(3) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 2745، وفي (ق): (ويحلف).

(4) في (م): (خلفناه).

(5) في (ف1): (يتبين).

(6) قوله: (بها) زيادة من (ف2).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 5/152.

(8) انظر: المدونة: 4/268 و269.

قال محمد: قد سرحتك مثل خليتك، إلا أنه فيها[1] إن قال: لم أرد طلاقاً؛ فذلك له ويحلف، إلا أن يكون جواباً لسؤالها إياه في الطلاق، وليس له ذلك في قوله: فارقتك أو خليت سبيلك.

قال أشهب: في سرحتُك واحدةٌ، حتى يريد أكثر، وخليت سبيلك ثلاثٌ، ولا أنويه إلا أن تكون[2] لم يدخل بها.

ورويَ عن مالك في قد[3] خليت سبيلك، وفي قد[4] فارقتك: أنها واحدة حتى ينوي أكثر، قاله عبد الله بن عبد الحكم[5].

قال ابن القاسم: وإن قال: أنا خلي أو بري، أو بائن أو بات، قال: منك أو لم يقل، أو قال: أنت خلية أو برية أو بائنة، قال: مني، أو لم يقل[6]، إلا أنه إن[7] قال في ذلك كله: لم أرد طلاقاً، فإن تقدم[8] كلام يكون هذا جوابه؛ فلا شيء عليه، وإلا فذلك يلزمه ولا تنفعه نيته[9].

وإن قال كلاماً مبتدأ: اعتدي؛ فهي واحدة إلا أن ينوي أكثر منها، وإن كان جواباً لكلام قبله، كدراهم تعتدها ونحوه[10]؛ فلا شيء عليه إن نوى ذلك، وقد تقدم القول في تكرار ذلك.

قيل: فإن[11] قال: أنت طالق، وقال: أردت من وثاق وجاء مستفتياً[12].

---

(1) في (ف1): (فيهما).

(2) في (ق): (يكن).

(3) قوله: (قد) زيادة من (ق).

(4) قوله: (قد) زيادة من (ف2).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 5/152و153.

(6) قوله: (أو قال: أنت خلية أو برية أو بائنة... يقل) ساقط من (ق).

(7) قوله: (إن) زيادة من (ق).

(8) في (م): (يقدم).

(9) انظر: المدونة: 4/258 و259.

(10) في (ف2): (أو نحوه).

(11) في (ف2): (وإن).

(12) عياض: اختلف على تأويل الكتاب إذا كانت في وثاق هل يُديَّن ويقبل قوله، كما قال مُطرِّف؟ =

قال: قال مالك: فيمن قال: أنت برية[1] يريد كلاماً [(م: 143/أ)] مبتدأ، وقال: لم أنو طلاقها[2]، إنها طالق ولا ينفعه ما أراد بقلبه[3].

قال مالك: يؤخذ[4] الناس بألفاظهم في الطلاق، ولا تنفعهم[5] دعواهم إلا أن يكون[6] ذلك جواباً لكلام كان[7] قبله، ومسألتك في الطلاق هو هذا بعينه، والذي أخبرتك أن مالكاً قال: يؤخذ الناس بألفاظهم في الطلاق ولا تنفعهم[8] نياتهم، وأراها طالقاً[9].

قال مطرف: إذا[10] كانت في وثاق، فقال: أنت طالق- يعني من الوثاق-؛ دينته ونويته[11].

وإن قال في قوله: برئت أو بنت مني أو أنت خلية، أردت الظهار؛ لم يصدق إلا أنه

=

فقيل: يقبل، وقيل: لا يقبل في نية الوثاق، وإن كانت في وثاق على مذهَبِه في الكتاب، إلا أن يكون جوابا لكلام قبله.

وفرق هذا بين صريح الطَّلاق وكناياته في هذا الباب؛ فإن كان سئل إطلاقها من الوثاق، فقال ذلك. وقال: أردته قبل قوله لشاهد السؤال، كما قال في مسألة: اعتدي إذا كان جوابا لكلامها أعطاها فلوسا، فقالت: ما في هذه عشرون، فقال: اعتدي، وقال بعد: لأن اعتدي جواب لكلامها، ولا يسأل عن هذا إن قاله ابتداء، سواء كان على قوله بينة أو لا؛ لصريح لفظة الطَّلاق وغيره - كما تقدم - ينويه؛ لقرينة كون الوثاق، ولا يختلف إذا لم يكن وثاق أنه... لا ينوّى. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1106و1107.

(1) في (م): (أنت).

(2) في (ق): (طلاقا).

(3) انظر: المدونة: 4/264.

(4) في (ق): (ويؤخذ).

(5) في (ق): (ينفعهم).

(6) في (ق): (يكن).

(7) قوله: (كان) ساقط من (ق).

(8) قوله: (دعواهم إلا أن يكون ذلك جوابا لكلام كان قبله... ولا تنفعهم) ساقط من (م).

(9) انظر: المدونة: 4/264و 265.

(10) في (ف1): (لو).

(11) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1106.

إن كان تقدمه كلام يكون هذا جواباً له، فهو على ما ذكرنا[1].

وإن قال: أنت علي حرام، وقال نويت الظهار؛ لم يصدق.

وإن سألته الطلاق فقال: أنت خلية أو برية أو بائنة، أو قالت: أودُّ لو فرّج اللهُ من صحبتك، فأجابها بهذا، فالطلاق لازم له ولا ينوى إن[2] قال: لم أرد طلاقاً، أو قال: أردت بالبائن فرجة بيننا؛ لأنه جواب لسؤالها[3].

وإن قال لها[4]: أنت علي كالميتة أو كالدم[5] أو لحم الخنزير؛ فهي ثلاث، وإن لم يرد طلاقاً.

ولو قال في الحرام: أردت الكذب إنك لست بحرام؛ لم ينفعه ذلك.

وتوقف مالك في التي أخذت بفرجه، فنهاها فأبت، فقال: هو عليك حرام، وقال: أردت أن أحرم أن تمسيه[6].

ورأى غيره بالمدينة إلزام التحريم له، وهذا أخف ممن نوى الكذب في التحريم، ولم أقل لك: إن التحريم يلزم صاحب الفرج[7].

وإن قال لها: يا أُمه[8]، يا أُخته[9]، يا عمة، يا خالة؛ فلا شيء عليه وذلك من السفه[10].

وإن قال: كل حلٍّ علي حرام ؛ فلا يلزمه، وإن نوى عموم التحريم، إلا في زوجاته نواهن، أو لم تكن له نية إلا أن يحاشيهن بنية أو لفظ؛ فلا شيء عليه فيهن،ولا في غيرهن

---

(1) في (ف1): (ذكرناه).

(2) في (ق): (وإن).

(3) انظر: المدونة: 4/258.

(4) قوله: (لها) ساقط من (ق).

(5) في (ق): (الدم).

(6) في (ف1): (تمسه).

(7) انظر: المدونة: 4/254 و255.

(8) في (ف2): (مه).

(9) قوله: (يا أخته) يقابله في (ف2): (ياخته)، وفي (ف1): (يا أخيه).

(10) انظر: المدونة: 4/262.

مما حرم الله، ولا تلزمه كفارة، وإن نوى به[1] اليمين[2].

وقال ربيعة: إذا[3] قال: الحلال عليّ حرام؛ فهي يمين إذا حلف أنه لم يرد امرأته، وقاله ابن شهاب إلا أنه لم يجعل فيها يميناً[4].

وإن قال: حرمتك، أو حرمت نفسي عليك؛ فذلك سواء.

وإن قال: أنت طالق، أو أنا طالق منك؛ فذلك سواء.

وإن قال: أنت طالق ولم ينوِ الطلاق، أو قال: أردت من وثاق ولا بينة عليه، أو كان كلاماً مبتدأ، أو قال البتة، وقال أردت واحدة، فزل لساني فلفظ بالبتة، أو أنت برية كلاماً مبتدأ، ثم قال: لم أرد به طلاقاً.

أو قال: أنت طالق أو لأمته أنت حرة، وقال: أردت الكذب بيني وبين الله، وجاء مستفتياً؛ فذلك كله يلزمه ولا ينوى، ويؤخذ الناس بظاهر لفظهم في هذا إلا فيما ذكرنا أنه جواب لكلام تقدمه.

وقد كتبت مسألة حكمة طالق. والذي نوى زوجته [(م: 143/ب)] الميتة في باب المجهول والشك.

وإن قال: يا فلانة أو كلاماً ليس من ألفاظ الطلاق، نوى أنها طالق به لزمه، وكذلك العتق، وله ما نوى به من واحدة أو ثلاث.

وكذلك قوله: اخرجي أو تقنعي أو أخزاكِ[5] الله، أو أنت حرة لزوجته.

فأما إن أراد أن يلفظ بأحرف الطلاق، فلفظ بهذا غلطاً؛ فلا شيء عليه، والعتق مثله إن لفظ بغير لفظ العتق غلطاً[6].

---

(1) قوله: (به) زيادة من (ف2).

(2) انظر: المدونة: 4/253 و254.

(3) في (ف2): (وإذا).

(4) في (ق): (يمين)، قوله: (لم يجعل فيها يمينا) ساقط من (ف2)، وانظر المسألة في: المدونة: 4/256.

(5) في (ق): (خزاك).

(6) انظر: المدونة: 4/260، وما بعدها.

قال: ولا يلزم طلاق أو عتق بنية[1] دون لفظ، فأما لو قالت الزوجة غير ألفاظ الطلاق عندما ملَّكها؛ لم يقبل منها أنها أرادت بذلك الطلاق؛ ولأنها[2] مدعية، وكذلك تمليك العتق.

وإن ملَّك العتق لأجنبي، فقال للعبد: اذهب، وأراد به العتق كان عتقاً؛ لأنه[3] من ألفاظ العتق، فإن قال الرجل: لم أرد به العتق؛ فالقول قوله[4].

ومن قال لزوجته: الحقي بأهلك ولم ينو طلاقاً؛ فلا شيء عليه، وإن نوى طلاقاً؛ فهو ما نوى من[5] واحدة فأكثر[6].

قيل: فمن قال لزوجته: لست لي بامرأة، أو ما أنت لي بامرأة[7]، قال: قال مالك: لا يكون ذلك[8] طلاقاً إلا أن ينوي به الطلاق.

قيل: فإن سئل هل له امرأة فقال: لا ، قال: قال مالك: إن نوى به الطلاق؛ فهي طالق، فإن لم ينو به الطلاقَ؛ فلا شيء عليه.

قال ابن القاسم: فيمن قال لزوجته لم أتزوجك؛ فلا شيء عليه إن لم يرد بذلك طلاقاً[9].

وإن قال: لا نكاح بيني وبينك، أو لا ملك لي عليك، أو لا سبيل لي عليك؛ فلا شيء عليه إن كان الكلام عتاباً، إلا أن ينوي به الطلاق.

قال في كتاب العتق: ومن قال لعبده: لا سبيل لي عليك، أو لا ملك لي عليك فإن

---

(1) في (ق): (بنيته).
(2) في (ف1): (لأنها).
(3) في (ق): (لأنها).
(4) انظر: المدونة: 5/272.
(5) قوله: (من) ساقط من (ق).
(6) في (ق): (وأكثر).
(7) قوله: (أو ما أنت لي بامرأة) ساقط من (ق).
(8) في (ق): (هذا).
(9) انظر: المدونة: 4/266.

تقدمه كلام يدل على أنه لم يرد الحرية؛ فإنه يصدق السيد، وإن كان كلام مبتدأ؛ عتق[1] عليه العبد[2].

ومن التمليك: قال ابن شهاب: فيمن قال لزوجته: أنت سائبة ومني عتيقة حلف[3]، فإن حلف أنه لم يرد طلاقاً دُيِّن، وإن نكل وقال: أردت الطلاق كان ما أراد منه وحلف، وكذلك في قوله: ليس بيني وبينك حلال ولا حرام وينكل قائل هذا[4][5].

ربيعة: وإن قال: لا تحلين[6] لي؛ دُيِّن؛ لأنه إن شاء قال[7]: أردت الظهار واليمين[8].

ربيعة: وإن قال: لا سبيل لي إليك؛ دُيِّن، قال عطاء بن أبي رباح: ومن قال: والله ما لي امرأة؛ فهي كذبة[9].

ومن مختصر ابن عبد الحكم: ومن قال لأهل امرأته: شأنكم بها فهي البتة إلا أن يكون لم يدخل بها فعليه واحدة، وإن قال في المدخول بها: نويت واحدة فذلك له[10].

قال ابن القرطي: ومن قال: لا عصمة لي عليك؛ فهي ثلاث، إلا أن يكون معها فداءٌ فتكون واحدةً[11][12]. [(م: 144/أ)]

---

(1) في (ق): (أعتق).
(2) انظر: المدونة: 5/274.
(3) قوله: (حلف) زيادة من (ف2).
(4) انظر: المدونة: 4/266.
(5) قوله: (وينكل قائل هذا) ساقط من (ق).
(6) في (م): (تحلي).
(7) قوله: (إن شاء قال) يقابله في (ق): (قال إن شاء).
(8) في (ق): (أو اليمين).
(9) انظر: المدونة: 4/268 و269.
(10) انظر: النوادر والزيادات: 5/154 و155.
(11) انظر: النوادر والزيادات: 5/161.
(12) قوله: (قال ابن القرطبي: ومن قال: لا عصمة لي عليك... واحدة) ساقط من (ق).

جامع[1] الأمة تعتق تحت العبد
من كتاب الأيمان بالطلاق

قال الرسول ﷺ لبَرِيرَة إذ عتقت تحت عبد: «**إن شئت أقمت مع زوجك، وإن شئت فارقته[2] ما لم يمسك**».

قال ابن شهاب: إن زبراء[3] حين عتقت[4] طلقت نفسها ثلاثاً[5].

قال[6] ابن القاسم: فإذا عتقت أمة، - محمد: أو من[7] فيها بقية من[8] رق- تحت عبد؛ حيل بينهما حتى تنظر وتختار، ولها الخيار بطلقة، وتكون بائنة، ولا رجعة له إن أعتق[9] في العدة؛ لأن كل طلاق يكون بالقضاء، فهو بائن[10].

وكذلك إن قالت: اخترت نفسي إلا أن تنوي أكثر؛ فيلزم ما نوت.

ولو طلقت نفسها أكثر من واحدة، أو البتة بعد البناء؛ لزم ولم تحل له إن طلقت اثنتين فأكثر؛ إلا بعد زوج؛ لأنه جميع طلاق العبد.

وكذلك لو فارقت بواحدة؛ فقد تقدم له فيها طلقة.

وأول قول مالك: إنه ليس لها أن تختار بأكثر من واحدة، ثم رجع إلى أن ذلك لها

---

(1) في (ق): (خيار).
(2) في (ق): (فارقتيه).
(3) عياض: زَبْراء بفتح الزاي وسكون الباء بواحدة ممدود. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة: ص: 1069.
وقال ابن الأثير: زَبْراء: بفتح الزاي، وسكون الباء الموحدة، وبالراء، والمد، أَمَة لبني عدي، روى عنها عروة بن الزبير: انظر: جامع الأصول: 12/422.
(4) في (ق): (أعتقت).
(5) انظر: المدونة: 5/54 و55.
(6) قوله: (قال) ساقط من (ق).
(7) قوله: (من) ساقط من (ق).
(8) قوله: (من) ساقط من (ق).
(9) في (ق): (عتق).
(10) انظر: المدونة: 5/53، وما بعدها.

على حديث زبراء.

ولها الخيار عند غير السلطان، وإن لم تختر حتى عتق، أو كان عتق الزوجين في كلمة؛ فلا خيار لها[1].

ولا تختار في الحيض فإن فعلت[2] لزم وإن فارقت قبل البناء؛ فلا صداق لها، ويرده السيد إن قبضه، إذ الفسخ من قبله، ولها المسمى بعد البناء أقامت أو فارقت؛ ويتبعها كمالها، إلا أن يكون قبضه السيد أو اشترطه.

قال أبو محمد: هذا إن بوئت معه بيتاً وإن بوئت فكيف يقبضه ويشترطه ولا يدع لها بيدها لسحنون فيه تفسير في كتاب [...][3].

ولو كان تفويضاً، ففرض لها بعد العتق؛ فهو لها دون السيد؛ لأنه شيء لم يكن[4] يلزم الزوج قبل ذلك إن طلق أو ماتت[5].

ولو بلغها العتق بعد زمان وهي توطأ؛ فلها الخيار حين علمت وإن بعد سنة.

قال: والخيار لها في مجلسها الذي علمت بالعتق فيه، ولها الخيار بعد ذلك ما لم توطأ، إذا وقفت في ذلك وقوفاً للخيار[6] فيه، ومنعته[7] نفسها.

وإن كان وقوفها رضا بالزوج؛ فلا خيار لها بعد أن تقول رضيت بالزوج.

ولو وقفت سنة، فلم تقل: رضيت به، ولا إني وقفت لأختار، ولم توطأ في ذلك سئلت فإن قالت: وقفت لأختار؛ فذلك لها، ولا يمين عليها كالتمليك.

وإن قالت: رضا بالزوج فلا خيار لها.

ولو وطئها بعد أن علمت بالعتق، وجهلت أن لها الخيار؛ فلا خيار لها جاهلة

---

(1) انظر: المدونة: 5/55 و56.

(2) قوله: (أو كان عتق الزوجين في كلمة؛ فلا خيار لها... فعلت) ساقط من (ق).

(3) غير مقروء في (م) و(ف2) و(ق).

(4) قوله: (يكن) ساقط من (ق).

(5) انظر: المدونة: 2/197.

(6) في (ق): (لتختار).

(7) في (ق): (ومنعت).

كانت أو عالمة[1].

وإن أعتق نصفها تحت عبد، أو جميعها تحت حر؛ فلا خيار لها. [(م: 144/ب)]

جامع التخيير، وما شاكله من التمليك

وقد خير الرسول ﷺ النساء[2] كما أمره الله سبحانه، فاختارت ابنة الضحاك العامري نفسها، فكان ذلك البتات، ولم يقع على اللواتي اخترنه طلاق[3].

فكان ما دلَّ عليه الكتاب في الخيار أن تبين الزوجة أو تقيم ولا تبين مدخول بها بدون الثلاث إلا في طلقة بائنة يوجبها حكم أو خلع، والله أعلم.

قال مالك: فمن خيَّر زوجته، فقضت بالثلاث؛ لزمه ولا نكرة له إلا في التي لم يبن بها، وإن قضت المدخول بها بدون الثلاث؛ لم يلزمه شيء، ولا خيار لها بعد ذلك، وله مناكرة المدخول بها في التمليك[4].

قال ابن القاسم: وإنما لها القضاء في الخيار والتمليك ما دامت في المجلس، وهو أول قول مالك وبه أقول[5].

ورويَ مثله عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وغيره[6].

قال[7] ابن أبي سلمة: الخيار والتمليك سواء له[8] فيه المناكرة[9].

---

(1) انظر: المدونة: 5/ 57 و58.

(2) في (ق): (نساءه).

(3) في (ق): (طلاقاً)، والحديث متفق عليه، أخرجه البخاري: 4/ 1796، في باب سورة الأحزاب، من كتاب التفسير، برقم: 4508، ومسلم: 2/ 1105، في باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية...، من كتاب الطلاق، برقم: 1475، كلاهما من حديث عائشة رضي الله عنها.

(4) انظر: المدونة: 4/ 220.

(5) انظر: المدونة: 4/ 226 و227.

(6) قوله: (قال ابن القاسم: وإنما لها القضاء في الخيار والتمليك... وغيره) ساقط من (ق).

(7) في (ق): (وقال).

(8) قوله: (له) ساقط من (ق).

(9) قوله: (قال ابن أبي سلمة... مناكرة) ساقط من (ف2).

قال[1] محمد: وكذلك إن ملك أمرها أجنبياً ما لم تقيد[2] التمليك، فتقول: قبلت أو أنظر أو شبهه، فلا يضر الافتراق.

وأما إن سكنا، فالافتراق يزيل ذلك.

قال ابن القاسم: ومن ملك زوجته، ثم وثب -يريد: قطع ذلك-؛ لم ينفعه، وحد ذلك إذا قعد ما تختار في مثله، ولم يقم فراراً، فإن طال المجلس طولاً يعلم أنهما تركا ذلك، أو خرجا إلى غيره؛ فلا شيء لها، ورجع مالك إلى أن ذلك بيدها ما لم توقف أو تدعه يطأها[3] أو يقبل أو يباشر.

محمد: في[4] القائل أمرك بيدك إن شئت، أو طلقي نفسك إن شئت أو متى شئت، قال[5]: ذلك بيدها بعد المجلس، قيل: هل[6] يناكرها إن فارقت بالبتات بعد المجلس؟

قال: أما في التمليك فنعم، وأما في قوله: طلقي نفسك إن شئت أو متى شئت؛ فليس لها أن تطلق إلا واحدة، فإن طلقت نفسها أكثر من واحدة[7] فلم ينكر ولم يرد ، قال: يحلف ما كان سكوته رضاً[8].

ابن القاسم: وأما[9] قوله: أنت طالق إن شئت، أو[10] إذا شئت؛ فهو تفويض وذلك بيدها، وإن افترقا حتى توقف، أو توطأ أو يتلذذ منها، وكانت إذَا عند مالك أشدَّ من إنْ، ثم ساوى بينهما.

---

(1) قوله: (قال) ساقط من (ق).

(2) في (م): (تغير).

(3) في (ق): (يطأ).

(4) قوله: (في) زيادة من (ق).

(5) في (ق): (فإن).

(6) في (ق): (فهل).

(7) قوله: (من واحدة) زيادة من (ق).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 5/224.

(9) في (ق): (فأما).

(10) في (ق): (و).

ولو قبلته قبل القضاء كان تركاً لما جعل لها، وكذلك التمليك[1].

وقال ابن القاسم في كتاب العتق في تمليك العبد مبهماً، كما ذكرنا في الطلاق من[2] اختلاف القول عن[3] مالك وما اختار من ذلك.

ثم قال في باب ثانٍ: في قوله لأمته: أنت حرة إن شئت، أو إذا[4] شئت أن ذلك لها، وإن افترقا إلا أن توقف[5] أو يتلذذ منها بشيء طوعاً.

ثم قال: في آخر ذلك: وأما أنا، فلا أرى لها بعد فراق المجلس شيئاً إلا أن يكون[6] شيء فوضه إليها[7].

فإن[8] قال: أمرك بيدك [(م: 145/أ)] متى شئت، أو إلى أجل ذكره؛ فذلك بيدها، وإن افترقا ما لم توقف، أو توطأ.

وإن[9] قال: إذا جاء غد فقد خيرتك أو ملكتك؛ وقفت الآن فتطلق أو ترد، فإن وطئها قبل غد؛ فلا شيء لها.

وإن قال: اختاري اليوم كله فمضى اليوم، ولم تختر؛ فلا شيء لها كافتراق المجلس في أول قول[10] مالك[11].

---

(1) انظر: المدونة: 5/5 و6.

(2) في (ق): (ومن).

(3) في (ق): (عند).

(4) في (م): (إذا).

(5) قوله: (إلا أن توقف) ساقط من (ق).

(6) في (ق): (يكن).

(7) انظر: المدونة: 5/276.

(8) في (ق): (وإن).

(9) في (ق): (وإذا).

(10) في (ق): (قولي).

(11) انظر: المدونة: 4/222.

عياض: ليس لها أن تختار بعد مضيه اختلف هل هذا على قوليه معاً في التمليك، وهذا مذهب كبار المشايخ، أم يخرج على القولين؟

وقال في مسألة التمليك: كان يقول ذلك لها ما دامت في مجلسها، فإن تفرقا فلا شيء لها، ثم قال: إذا

وإن قال: إذا قدم فلانٌ فاختاري؛ فذلك لها إن قدم، ولا يمنع قبل قدومه من الوطء، ولو وطئ بعد قدومه، ولم تعلم؛ فلها الخيار حين تعلم.

وإن قال لأجنبية: يوم أتزوجك فاختاري؛ فذلك لها، ولو قال لها: كلما تزوجتك فأمرك بيدك أو طالق؛ فذلك راجع لها، أو عليها أبداً كلما نكحها.

فإن[1] قال لزوجته: أنت طالق كلما شئت؛ فلها أن تطلق مرة بعد مرة، ولا يزول ما بيدها إلى أن ترد ذلك أو توطأ طوعاً، وإن ردت ذلك؛ فالقضاء لها بعد ردِّه، ولو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق فردت ذلك؛ فلا ردَّ لها؛ لأن هذه يمين لازمة[2].

=

قعد معها ما يرى الناس أنها تختار في مثله وأن قيامه لم يكن قطعاً ولا فراراً.

وقال - أيضاً - في موضع آخر: إذا قامت من مجلسها، فلا شيء لها بعد ذلك.

وقال - أيضاً - في موضع آخر: أما ما كان من طول المجلس وذهاب عامة النهار ويعلم أنهما قد تركا ذلك، فلا أرى لها قضاء، وظاهر هذا... كله موافق.

وإنما ذكر عامة النهار - هنا - لأن السائل ذكره في سؤاله فأجابه عليه، لا أنه يشترط ذهاب عامة النهار في قوله هذا على ما نبه عليه بعض المختصرين.

وقول أَشْهَب: إذا افترقا سقط الخيار، ولها ذلك ما أقاما في المجلس راجع إلى ذلك ووفاق إن شاء الله تعالى.

والمسألة على قولين؛ أحدهما: مراعاة المجلس والافتراق، وإن كان بالقرب أو طوله والخروج عما كانا فيه إن لم يقوما عن قرب.

والثاني: أن لها ذلك ما لم توقَف وعلى هذا اختصرها أكثرهم. ونبه بعضهم أن في القول الأول لفظين لينبه به على الخلاف وأن القول الأول على قولين:

أحدهما: الافتراق، إما بالأجسام أو بما يظهر من الخروج إلى غير ما كانا فيه وما يدل على تركها ما جعل لها.

والثاني: مراعاة طول المجلس وجل النهار.

وهذا ظاهر ما في كتاب ابن حبيب، فإنه قال: ذلك لها ما كانا في مجلسهما، فإذا تفرقا ولم يحدثا شيئا فأمرها إلى زوجها، قال: وكان يقول - أيضا - وإن طال المجلس حتى يُرى أنه ترْك لما كان فيه بطل ما جعل لها ثم رجع، فقال: حتى يوقف أو توطأ. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1095، وما بعدها.

(1) في (ق): (وإن).

(2) انظر: المدونة: 4/245 و246.

وإن خيرها، ثم طلقها ثلاثاً، أو واحدة قبل أن تقضي؛ فلا قضاء لها إن نكحها ثانية، وإنما لها ذلك في الملك الأول، ولا ينظر هٰهنا إلى ما بقي من طلاق الملك الأول، إذ ليست يمين[1] انعقدت عليه.

وإن قال لمدخول بها: اختاري، أو اختاري نفسك، فقالت: طلقت نفسي، سئلت: أي الطلاق؟ فإن كان ثلاثاً؛ لزمه، فإن[2] كان أقلَّ؛ لم يلزمه[3].

ولو قال: اختاري أو قال: اختاري نفسك[4]، فقالت: قد فعلت أو قبلت، أو قبلت أمري أو اخترت، أو اخترت أمري، سئلت ما أرادت بذلك؟ فإذا لم ترد الطلاق، أو أرادات طلاقاً دون البتات؛ فلا شيء لها[5].

وإن قالت: قد قبلت أمري، فسئلت فقالت: أردت أمري ما جعل إلي، قيل لها: فطلقي[6] الآن أو ردِّي[7].

وإن نوت ثلاثاً في كل هذه الألفاظ؛ لزمه ولا نكرة له، وتسأل في جوابها بما له وجه يتصرف[8] ما أرادت به في خيار أو تمليك، إلا أنه يناكرها في التمليك خاصة، ويحلف على ما نوى.

وإذا أجابت بألفاظ ظاهرة المعاني؛ لم تسأل هي عن نية، ولم يقبل منها في خيار ولا تمليك كقولها: اخترت نفسي، أو قبلت نفسي، أو طلقت نفسي منك أو[9] ثلاثاً، أو طلقتك ثلاثاً، أو بِنْتُ منك، أو بنت مني، أو حرمت عليك، أو حرمت علي، أو برئت منك، أو برئت مني، إلا أن للزوج أن يناكرها في التمليك في ذلك كله ويحلف.

---

(1) في (ق): (بيمين).

(2) في (ق): (وإن).

(3) انظر: المدونة: 4/228.

(4) قوله: (أو قال اختاري نفسك) زيادة من (ق).

(5) انظر: المدونة: 4/229.

(6) في (ق): (فطلق).

(7) انظر: المدونة: 4/220.

(8) قوله: (وجه يتصرف) يقابله في (ق): (وجوه تتصرف).

(9) قوله: (أو) زيادة من (ق).

وإن خيرها فقالت: قد[1] خليت سبيلك؛ سئلت فإن لم يكن لها نية؛ فهي البتة، وإن نوت واحدة؛ لم يقع عليها شيء.

قيل: فإن قال لها: إختاري في واحدة، فقالت: قد اخترت نفسي، وقال الزوج: أردت طلقة واحدة.

فقال: قال مالك: يحلف وذلك له، وله الرجعة[2]. [(م: 145/ب)]

قال محمد: لاحتمال قوله في واحدة أن تكون طلقة، واحتمل أن تختار في مرة واحدة أن تبين، أو تقيم ولم يبر، فقال في أن تطلقي نفسك من الطلاق واحدة: لم يحلف[3].

ونحا ابن القاسم في المدونة: أن ذلك سواء.

قال ابن القاسم: وإن قال: اختاري طلقة، فقالت: قد اخترتها؛ فهي طلقة واحدة، وله الرجعة[4].

وكذلك إن قالت: اخترت نفسي؛ لم يلزمه إلا واحدة وله الرجعة، وكذلك له الرجعة في التمليك إن قضت بدون الثلاث، إلا أن يكون مع ذلك فداءٌ فيكون بائناً.

وإن خيرها في طلقتين فطلقت واحدة؛ لم يلزمه شيء.

ولو كان إنما ملّكها في طلقتين؛ للزمته الواحدة، إلا أن يريد إما أن تطلقي اثنتين أو تردي، فيكون كالخيار فيهما[5].

---

(1) قوله: (قد) ساقط من (ق).

(2) انظر: المدونة: 4/ 221.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 5/ 223.

(4) انظر: المدونة: 4/ 221.

(5) انظر: المدونة: 4/ 240.

عياض: وذكر ابن سحنون أن لها في مسألة: اختاري في تطليقتين أن تختار واحدة أو اثنتين؛ لاحتمال قوله الاختيار في الأعداد أو في البقاء.

قال بعض شيوخنا: ويسأل الزوج؛ فإن كان نوى اختيار الأعداد لزمه ما فعلته، وإن قال: أردت أن أخيرها في التطليقتين أو الترك حلف، ولم يلزمه دون الثلاث.

قال: ولها أن تختار بعد؛ لأنها تقول: ظننت أنه أراد العدد.

وهكذا قال في الكتاب: إذا ملكها في التطليقتين فقضت بواحدة تلزمه إلا أن يريد: ملكتك في

وإن قال لها: اختاري فقالت: قد اخترت نفسي إن دخلت على ضرتي، فليس بقطع لخيارها، ولكن توقف الآن، فتقضي حينئذ أو ترد[1].

وإن خَيَّرها، ثم أعطاها ألف درهم على أن تختاره؛ لزمته إن اختارته.

وكذلك فيما يجب لها من تمليك في عقد النكاح في حين قضائها به.

وإن خير غير مدخول بها، فقضت بالثلاث، أو قالت: خليت سبيلك تريد الثلاث؛ فله أن يناكرها، والتمليك فيها والخيار سواء، فإن لم تكن له نية إذ خيّرها أو ملكها؛ فالقضاء ما قضت ولا نكرة له، وكذلك في تمليك المدخول بها.

وإن قال: اختاري، واختارت نفسها، فقال: إنما أردت أن تختاري أيَّ ثوبٍ تريدين، فإن تقدم كلام دلَّ على ذلك؛ فذلك له ويدين، وإلا فهو البتات[2].

وقوله: اختاري أو اختاري نفسك سواء، إلا أن يعلم أنه جواب لما قبله كما ذكرنا.

وإن قال: اختاري أباك أو أمك، فهي كمسألة مالك في الحمام والغرفة التي أكثرت من التردد إليهما، فقال: اختاريني أو اختاري الغرفة أو الحمام، فاختارت ذلك عليه، فإن نوى الطلاق؛ بانت بذلك، وإن لم ينوه؛ فلا شيء عليه[3].

محمد: وفي رواية ابن وهب ويحلف على ذلك.

وقال أصبغ: عن ابن القاسم: وإن أراد الطلاق؛ فهو البتة، ولا ينوى في دونها؛ لأنه خيار.

وقال محمد: لا يكون خيار حتى يريد فراقها بذلك[4].

= التطليقتين أو كَ "في" ولم يملكها في الواحدة، فاحتملت عنده - هنا - الوجهين معا.

وإذا قال: قد ملكتك الثلاث تطليقات، فطلقت نفسها ثلاثاً لزمته؛ يريد: ولا تلزمه الواحدة؛ لأن هذا إنما خيرها في الثلاث فقط. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1094.

(1) انظر: المدونة: 4/224.

(2) انظر: المدونة: 4/227 و228.

(3) انظر: المدونة: 4/230 و231.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 5/238.

ومن المدونة: وإن أشهد أنه خير زوجته، ثم ذهب فوطئها؛ فلها الخيار إذا علمت، ويعاقب الزوج، وكذلك لو كان شرط لها إن تزوجت عليك أو تسررت عليك، فأمرك بيدك ففعل، فلا يطأها حتى يعلمها، فتقضي أو ترد، وإن وطئها ولم تعلم؛ فلها الخيار إذا علمت[1]، كالأمة تحت عبد توطأ بعد العتق ولا تعلم[2].

وإن قال لرجل: خيّر امرأتي، فسمعته، فاختارت قبل أن يخيّرها؛ فذلك لازم إن جعله رسولاً، وإن أراد تفويضه إليه كقوله: خيرها إن شئت، أو بكلام دلَّ به على ذلك؛ فلا يلزم الفراق حتى يخيرها الرجل.

فإن خيرها أو ملكها أو [(م: 146/أ)] جعل ذلك بيد غيرها، ثم أراد الرجوعَ قبل القضاء والتفرق؛ فليس ذلك له، ولا قضاء لها ولا للأجنبي بعد التفرق، وذلك للأجنبي بعد التفرق في قول مالك الآخر، إلا أن تمكنه منها وتخلي ما بينهما، فيزول ما بيده.

وإن جعل أمرها بيد رجل متى شاء؛ فذلك له، فإن وطئها بعد ذلك؛ زال ما بيد الرجل.

محمد: إلا أن يطأ بغير رضاه، ولا علمه.

فإن جعل أمرها بيد رجلين؛ لم يجز قضاء أحدهما دون الآخر، إلا أن يكونا رسولين.

في التمليك، وما دخل فيه من معنى التخيير، وذكر التمليك في عقد النكاح بشرط

والتمليك يفارق الخيار؛ لأنه إذا ملكها مبهماً كان له أن يقول: ملكتك بعضاً دون بعض، ويحلف على ذلك، وكان لها أن تقضي[3] بالبعض فيما ملكها منه الجميع.

والخيار أبان الله ﷻ القصدَ فيه، فحمل على ما ظهر من معناه.

---

(1) في (ف2): (أعلمت).

(2) انظر: المدونة: 4/233 و234.

(3) في (م): (يقضي).

والتمليك قوله: أمرك بيدك أو طلاقك بيدك، أو طلقي نفسك ونحوه، فإن طلقت بواحدة لزمه، ولا مناكرة له.

فإن قال: أردت أن تطلقي نفسك ثلاثاً أو تدعي؛ فلا كلام له.

قال: فإن قضت المملكة بالثلاث أو بالبتات، أو قالت: بتت نفسي؛ لزمه الثلاث، وله أن يناكرها بنى بها، أو لم يبن[1].

ولو قالت أيضاً ألفاظاً تبين بها مثل أن تقول: قبلت نفسي، أو اخترت نفسي، أو حرمت نفسي، أو أبنت نفسي، أو برئت أو بنت منك، أو حرمت عليك، أو أنا بائن منك؛ فذلك ثلاث.

وإن نوى الزوج دون ذلك، وقد بنى بها أو لم يبن؛ كان له أن يناكرها مكانه، ويلزمه ما نوى من واحدة أو أكثر،ويحلف قاله ابن عمر وغيره[2].

وإن لم تكن له نية، أو لم يناكرها حتى افترقا؛ لزمته الثلاث، وليس لها هي أن تقول في هذه الألفاظ: أردت دون الثلاث -يريد في المدخول بها- وله أن يناكر التي تقضي بطلقتين.

فإن كانت أمة وهو حر، فقضت بالثلاث؛ لزمته إن لم تكن له نية.

وكذلك إن كان عبداً؛ لزمه جميع طلاقه طلقتان، إن لم تكن له نية.

وإن قالت المملكة: قبلت أو قبلت أمري أو طلقت نفسي، أو قالت وقد بنى بها أو لم يبن: قد خليت سبيلك سئلت في كل ذلك عن نيتها.

ولو افترقا لسئلت والقول قولها، ثم للزوج أن يناكرها فيما زاد على الواحدة، ويحلف إن ادعى نية، وإلا لزمه ما قضت، وليس له أن يناكرها إن لم تتقدم له نية، وإن جهلوا سؤالها إلا بعد أيام، فقالت: أردت ثلاثاً، فله أن يناكرها.

ولو قالت بعد أيام في قبلت أو قبلت أمري: لم أرد طلاقاً؛ صدقت وكان لها أن تطلق الآن، وإن بعد شهر؛ لأن قبولها ما جعل لها لا يزيله من يديها إلا إيقاف من إمام

---

(1) انظر: المدونة: 4/240.

(2) انظر: المدونة: 4/244 و245.

أو تترك ذلك، أو يرده عند سلطان أو غيره أو يطؤها طوعاً، فإن غصبها فهي على أمرها[1].

وإن قالت [(م: 146/ب)] في خليت سبيلك: لم أنوِ شيئاً؛ فهي ثلاث إلا أن يكون للزوج نية، فله ما نوى مع يمينه.

والمملكة قبل البناء تطلق نفسها واحدة، ثم واحدة، ثم واحدة، فإن نسقتهن لزمته الثلاث، إلا أن يناكرها، وإن لم يكن نسقاً؛ لزمته واحدة.

وإن قال: ملكتك في الثلاث، فقضت بالثلاث؛ فذلك لها، وإن كرر أمرك بيدك ثلاث مرار نوى الثلاث، أو لا نية له أو ملكها مرة ينوي البتات فقضت بالثلاث، فذلك يلزمه.

ولو نوى هو واحدة؛ حلف ولم يلزمه غير واحدة.

ولو قضت بواحدة، وقد نوى بالتكرير ثلاثاً، أو لا نية له، أو ملكها مرة ينوي الثلاث أو لا نية له؛ لم يلزمه إلا الواحدة التي قضت بها، وله الرجعة.

فإن بين وقال: أمرك بيدك في أن تطلقي نفسك ثلاثاً، أو قال: طلقي نفسك ثلاثاً، أو قال: أنت طالق إن شئتِ ثلاثاً، فذلك كالخيار لا تلزمه الواحدة إن قضت بها، ولا مناكرة له إن قضت بالثلاث[2].

وإن ملكها في طلقتين، فقضت بواحدة؛ لزمته إلا أن يريد معنى الخيار في أن تطلقي اثنتين، أو تدعي، وقد تقدم هذا.

وإن قال: أمرك بيدك، ثم قال: أنت طالق، فإن قضت بواحدة؛ لزمته طلقتان، وإن قضت بالثلاث؛ فله أن يناكرها.

فإن قال لها: أنت طالق الساعة إن شئت، فقالت: أنا طالق غداً؛ طلقت الساعة.

وإن قال لها: أنت طالق إن شئت واحدة، فقالت: قد شئت ثلاثاً؛ لزمته واحدة.

وإن قال: أنت طالق غداً إن شئت، فقالت: أنا طالق الساعة؛ فذلك لها[3].

---

(1) انظر: المدونة: 4/238.

(2) انظر: المدونة: 4/239 و240.

(3) قوله: (وإن قال لها: أنت طالق إن شئت واحدة... فذلك لها) ساقط من (ق).

وإن قال: أمرك بيدك إلى سنة، فردت ذلك عند سلطان[1] أو غيره، فلا قضاء لها بعد ذلك، ولو لم ترده انبغى أن توقف متى ما علم بذلك، فتقضي أو ترد، لأنه لا ينبغي للرجل أن... امرأة أمرها بيدها بيدها وإن ماتا توارثا قال ابن القاسم في المستخرجة من تزوج امرأة بشرط إن تزوج عليها فأمر المتزوجة بيد القديمة فتخبر القديمة فيذهب عقلها فإنه لا تتزوج عليها أبدا[2].

وكذلك إن قال لها[3]: إذا أعطيتني كذا فأنت طالق، فلتوقف لترضى أو ترد إلا أن توطأ في هذا كله، فلا شيء لها.

وإن قال: أمرك بيدك، ثم قال: أمرك بيدك على ألف، فلها القضاء بالقول الأول بغير غرم، كمسألة مالك في القائل: إن أذنت لك إلى أمك، فأنت طالق أتراني أحنث إن أذنت لك إليها إلا أن يقضي عليّ به السلطان[4]، فأنت طالق، فالقول الثاني منه ندم واليمين الأول يلزمه[5].

فإن قال: لا[6] حياك الله، أو لا مرحباً بك[7]، يريد: التمليك أو الظهارقال: إن نوى هو به الطلاق؛ لزمه فهذا مثله.

ومن كتاب الطلاق والتمليك: ومن شرط عند عقده[8] نكاحه إن تزوج عليها فأمر نفسها بيدها، ففعل؛ فلها أن تطلق نفسها[9] بالثلاث، ولا مناكرة له هاهنا بنى أو لم يبن.

---

(1) في (ق): (السلطان).

(2) قوله: (لأنه لا ينبغي للرجل أن... أبدا) زيادة من (ق).

(3) قوله: (لها) زيادة من (ق).

(4) في (ق): (سلطان).

(5) انظر: المدونة: 4/240 و241.

(6) قوله: (لا) ساقط من (م).

(7) قوله: (بك) ساقط من (ق).

(8) قوله: (عقده) ساقط من (ق).

(9) قوله: (نفسها) زيادة من (ق).

وإن طلقت نفسها واحدة، وقد بنى بها فله الرجعة، وإن لم يبن بها[1] بانت بالواحدة.

وإن طلقت واحدة ولم توقف؛ فليس لها أن تزيد عليها[2]، كالتي توقف فتطلق واحدة، فقد تركت ما زاد عليها.

ولو نكح عليها امرأة فلم تقض؛ فلها أن تقضي، إن نكح ثانية بأيِّ[3] الطلاق شاءت وتحلف ما رضيت إلا بالأولى، [(م: 147/أ)] وما تركت.

ولو طلق الأولى، ثم راجعها بنكاح، فللمملكة القضاء وليس رضاها بها[4] أولاً بلازم لها مرة أخرى[5].

ولو تبرع بهذا الشرط بعد العقدة كان له أن يناكرها فيما فوق الواحدة.

ومن كتاب بيع الخيار قال مالك: وإن شرطت في العقد[6] أنه إن نكح أو تسرر أو كذا فأمرها بيد أمها، فإن للأم أن توصي بذلك عند الموت إلى من شاءت، فإن ماتت ولم توص، فكأني رأيته جعله للابنة ولم أثبته.

وروى عنه علي أن ليس لها أن توصي به، ولا يكون لغيرها، إذ لم يرض الزوج إلا بنظرها فله حجة.

قال ابن القاسم: فإن أوصت إلى رجل، ولم توصه بأمر ابنتها مفسراً، فليس لوصيها ولا لابنتها من التمليك شيء[7].

ومن كتاب محمد: وإن أعطته مالاً على أن يطلقها ثلاثاً، فطلقها واحدة، أو على أن يملكها، ففعل فقضت بواحدة، فالمال له وهي لازمة له واحدة بائن، ولا حجة لها إذ

---

(1) قوله: (بها) زيادة من (ق).

(2) قوله: (بها) ساقط من (ق).

(3) في (ق): (أيَّ).

(4) في (ق): (هٰهنا).

(5) انظر: المدونة: 36/5، وما بعدها.

(6) في (ق): (العقدة).

(7) انظر: المدونة: 99/7.

نالت بها ما نالت بالثلاثة[1]، وإن أعطته على أن يخيرها ففعل، فقضت بالثلاث فله أن يناكرها ما دامت[2] في المجلس[3].

وإن شرط في عقد نكاحها إن نكح عليها فأمرها بيدها؛ ففعل، فلا مناكرة له إن قضت بالثلاث[4]، ولو شرط أن أَمْر التي تزوج[5] بيدها، فقضت بالثلاث فناكرها، فإن كان بعد بنائه بالثانية؛ فلا مناكرة له، وإن كان قبل أن يبني فله أن يناكر.

تم كتاب التخيير والتمليك

من الاختصار بعون الله، وتوفيقه

وصلى الله على محمد نبيه وعبده



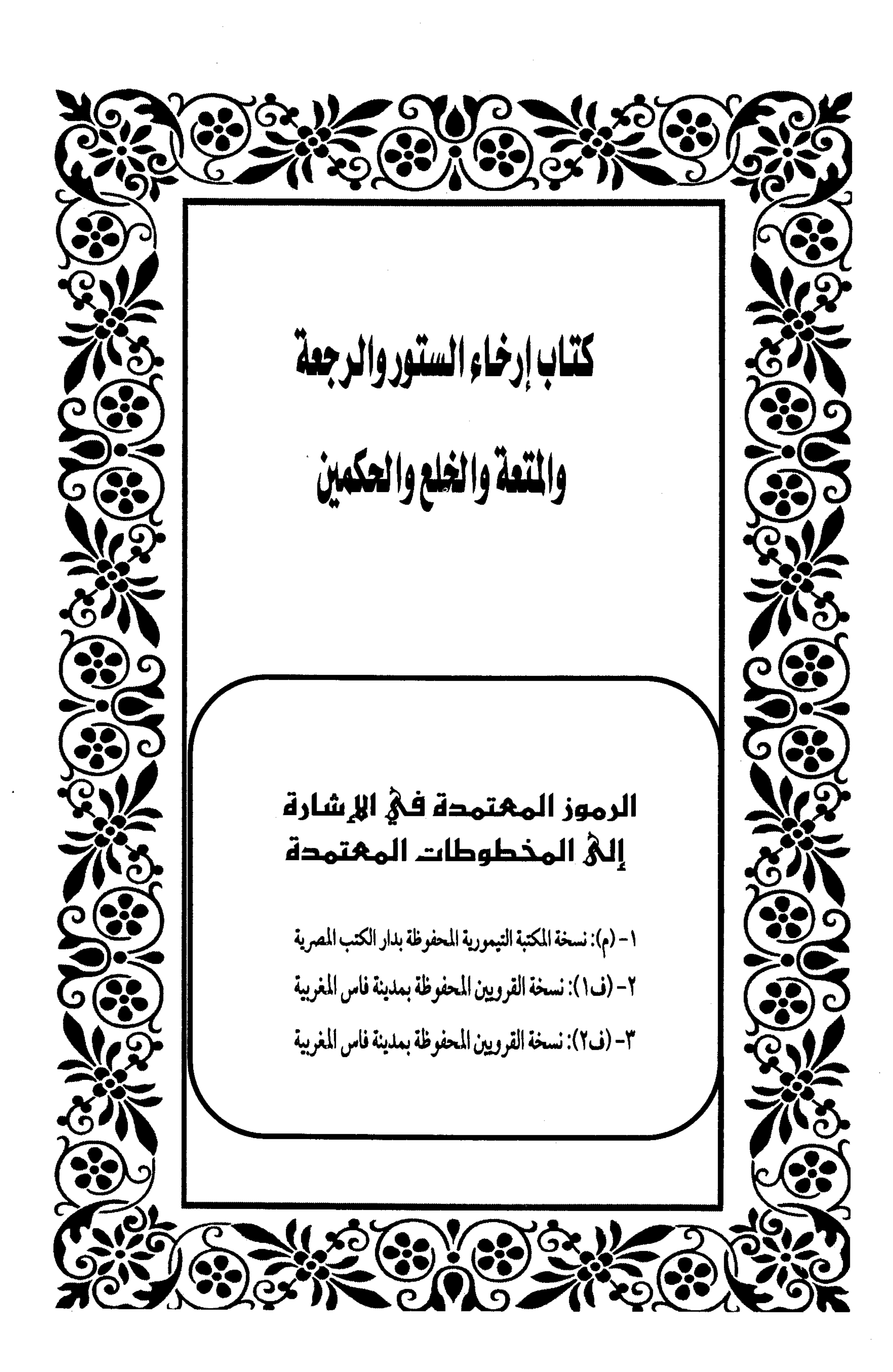
(1) في (ق): (بالثلاث).

(2) في (ق): (دام).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 5/234 و235.

(4) في (ق): (بالبتات).

(5) في (ق): (يتزوج).



كتاب إرخاء الستور والرجعة والمتعة والخلع والحكمين

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١- (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية

٢- (ف١): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٣- (ف٢): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية



كتاب إرخاء الستور[1] والرجعة والمتعة والخلع[2] والحكمين[3]

في متعة المطلقة وتداعي المسيس بعد إرخاء الستور

قال الله سبحانه: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة آية: 241] فعمَّهن، ثم قال: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [سورة البقرة آية: 237] فقصرت هذه على ذلك خاصة، ودل أن الأمر بالمتعة ندبٌ لا فرض.

قوله: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [سورة البقرة آية: 236].

قال ابن القاسم: قال مالك: فلكل مطلقة ببتات أو بواحدة وقد بنى بها أو لم يبن، سمى لها صداقاً أم لا المتعةُ[4]، إلا المطلقة قبل البناء، وقد سمى لها صداقاً فحسبها نصفه[5]، ولو لم يكن سمّى لها؛ كان لها المتعة، كانت أقل من نصف صداق المثل أو أكثر.

---

(1) عياض: معنى هذا اللفظ الخلوة، كان هناك ستر أو غلق أو لا، إذا كان هناك خلوة وذلك أن الغالب في مثل هذا إرخاء الستر عندها لمن له ستر، فسمي بذلك باسم الغالب عليه. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 947.

(2) عياض: الخلع: معناه الزوال والبينونة. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 962.

(3) قوله: (والرجعة...والحكمين) ساقط من (ف2) و(م).

(4) عياض: وقول ابن عمر: (لكل مطلقة متعة؛ التي تطلق واحدة أو اثنتين... أو ثلاثا).
قال فضل: قوله في المطلقة واحدة أو اثنتين إن كان دخل بها ما أظنه إلا بعد انقضاء عدتها ولم يراجعها، وأما قبل فلا متعة لها حتى تنقضي العدة، ويدل عليه قول ربيعة بعده: (إنما يؤمر بالمتاع من لا ردة له عليها)؛ أي لا رجعة، ونقل بعضهم كلام فضل مطلقا: لا متعة لها حتى تنقضي العدة.
وقال أبو عمران: ينظر فإن كان نيته رجعتها لم يمتع، وإن كان نيته ألا يراجعها متع، وإن لم تخرج من العدة ثم إن بدا له فراجعها لم يرجع بها؛ لأنها كالهبة المقبوضة. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 961 و962.

(5) عياض: وقول مالك (في التي سمى لها صداقا فطلقت قبل الدخول: لا متعة لها وهي التي استثنيت في القرآن).
فمذهب مالك خلاف مذهب زيد؛ مالك يرى التخصيص من عموم قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ

وليس لهذه المتعة حد، وهي حق على المحسنين لا أجبر من أباها.

قال ابن عباس وغيره: أعلاها خادم وأدناها كسوة.

قال ابن حُجيرة: على صاحب الديوان متعة ثلاثة دنانير[1].

وعلى العبد المتعة.

ولا متعة لمختارة للفراق[2] من مختلعة أو مفتدية أو مبارية أو مصالحة أو ملاعنة أو معتقة تختار الفراق، دخل بهن أم لا، سمى لهن صداقاً[3] أم لا.

= بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا﴾ [سورة البقرة آية: 241]، ومن عموم قوله: ﴿فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ﴾ [سورة الأحزاب آية: 49]، ومن قوله: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ﴾ [سورة البقرة آية: 236]، فخصت من سائر المطلقات في الآية الأولى، ومن المطلقات قبل الدخول في الآيتين بعدها، وإن سماها استثناء فهو تخصيص؛ إذ هما بمعنى، إلا أن للاستثناء صيغا بحروف الاستثناء.

وزيد يراها منسوخة وهو قول ابن المسيب وغيره.

ثم اختلفوا ما هو المنسوخ: فعن ابن المسيب وجوب المتعة؛ لقوله: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [سورة البقرة آية: 180] و﴿عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [سورة البقرة آية: 236]، فصارت ندباً وترغيباً.

وقيل: بل الناسخ قوله: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [سورة البقرة آية: 237]، فعلى هذا المنسوخ من المتعة هذا الحكم وحده.

وغير هؤلاء لا يرى فيها نسخا ولا تخصيصا، وأنها واجبة لكل مطلقة مدخول بها أو لا مسمى لها أو لا، وهو قول علي وابن عباس... والحسن وجماعة.

فيأتي للعلماء فيها خمسة أقوال:

وجوبها عموما، وهو هذا القول.

واستحبابها في جميعهن، وهو قول ابن المسيب.

واستحبابها في الجميع غير المفروض لها قبل الدخول وحدها فلا شيء لها، وهو قول مالك وأصحابه ووجوبها في الجميع إلا في هذه وحدها، وهو قول محمد بن مسلمة من أصحابنا والشافعي وجماعة.

وإيجابها في غير المدخول بها التي لم يفرض لها، وندب في المدخول بها، وهو قول ابن عباس وأهل العراق. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 959، وما بعدها.

(1) انظر: المدونة: 4/155و156.

(2) في (ف1): (الفراق).

(3) في (ف1): (صداق).

وللصغيرة والأمة والمدبرة، والمكاتبة والذمية؛ حكم الحرة المسلمة في المتعة والطلاق.

وإذا خلا[1] بها فقال: لم أطأها؛ فالقول قوله في إسقاط المتعة لا في الصداق.

ومن النكاح الثاني: وكل ما فسخ قبل البناء لفساد صداقه فلا متعة فيه، وكذلك إن لم يفسخ حتى طلقها فيه قبل البناء؛ فلا متعة عليه[2].

ولما ارتفع أن توجد[3] بينة في إرخاء الستر[4] صدقت عليه في الوطء، كما صدق المعترض في دعوى الوطء مع ما نص الله ﷻ من تصديقهن على أمور الأرحام، وقطع ما أوجب من الرجعة للأزواج بقولهن لقوله سبحانه: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [سورة البقرة آية: 228].

واحتج في ذلك زيد بن ثابت أنها تصدق في حمل إن ظهر بها، وقضى به عمر بن الخطاب وغيره[5].

قال ابن القاسم: فإذا خلا بزوجته، فأرخى الستر، وطلق واحدة، وتلك[6] خلوة ابتناء في بيته أو في بيت أهلها، وأنكر الوطء وادعته صدقت، ولها الصداق المسمى[7]، وعليها العدة ولا رجعة له.

قال مالك: ولا يحلها ذلك. قال ابن القاسم: وأنا أرى أن أدينها[8].

وقد تقدم مثل هذا.

---

(1) في (ف2): (دخل).

(2) انظر: المدونة: 3/415.

(3) في (ف2): (تؤخذ).

(4) في (ف1): (الستور).

(5) انظر: المدونة: 4/145 و146.

(6) في (ف2) و(م): (وذلك).

(7) قوله: (المسمى) زيادة من (ف2).

عياض: قيل: يريد أن الدخول كان معلوماً، ولو كان مجهولاً صدق الزوج. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 947.

(8) انظر: المدونة: 4/130، وما بعدها.

ولم يذكر في المدونة يمينها وفي كتاب ابن المواز قال: عليها اليمين[1]، وكذلك في كتاب ابن الجهم.

وقال مالك في التي تعلقت برجل وهي تدمى: إن لها الصداق بغير يمين.

وقال في الواضحة: عليها اليمين[2].

قال ابن القاسم:[3] وإن خلا بها في بيت أهلها غير دخول البناء؛ صدق في إنكار الوطء، ولها نصف الصداق، وإن أقر -هاهنا- بالوطء فأكذبته؛ فلها أخذ جميع الصداق بإقراره أو نصفه، ولا بد لها من العدة للخلوة ولا رجعة له.

ولو كان معه نساء حتى قبّل وانصرف[4] بمحضرهن؛ فلا عدة عليها، ولها نصف الصداق[5].

قال محمد: ولمالك قول آخر: إنها مصدقة عليه أين ما أخذتها الخلوة ببيته، أو ببيت أهلها، وأخذ به ابن وهب وأشهب وأصبغ، وهو أشبه بحديث عمر[6].

قال ربيعة: الستر بينهما شاهد على ما يدعيان، وله عليها الرجعة إن قال: وطئتها[7].

قال محمد: الموضع الذي يقبل فيه قولها في إيجاب الصداق يقبل قوله في إيجاب العدة عليها، وله الرجعة عليها[8] وفي دعواه دفع الصداق إليها[9].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/498.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 4/502 و14/261.

(3) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ف2).

(4) في (ف1): (أو انصرف).

(5) انظر: المدونة: 4/130 و131.

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/498.

(7) انظر: المدونة: 4/134.

عياض: قال أبو عمران: هو وفاق؛ يريد إذا كان دخول اهتداء وإن أنكرت هي، ومثله في كتاب محمد؛ حيث يقبل قولها في الصداق يقبل قوله في الرجعة والعدة ودفع الصداق. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 948.

(8) قوله: (عليها) زيادة من (ف2).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 4/498، وما بعدها، والتبصرة، للخمي، ص: 2491.

ولو أقرَّ بالوطء بعد أن طلق، ولا تعلم له بها خلوة فأكذبته؛ فلا عدة عليها، ولها أخذه بالصداق أو بنصفه.

ولو تصادقا بعد البناء على نفي المسيس؛ فلا بد من العدة للخلوة، ولا رجعة له، ولها نصف الصداق.

وكذلك إن تصادقا أنه قبل أو باشر أو جرد أو وطئ دون الفرج، إلا أن تطول إقامته معها.

قال مالك: فأرى لها جميع الصداق، وقد قال ناس: لها نصفه، وكذلك أرى في العنين تطلق عليه بعد السنة لطول تلذذه[1].

وإن دخل بها محرمة أو حائضاً أو في نهار رمضان واختلفا؛ فالقول فيه كالقول في الوطء الصحيح في وجوب جميع الصداق بدعواها، وكالمغصوبة تحتمل بمعاينة بينة، فتقول: وطئني غصباً، وهو ينكر؛ فلها الصداق ولا يحد[2].

وفي كتاب الرجم زيادة في هذا المعنى.

جامع الرجعة ودعوى انقضاء العدة في الرجعة وما يحل من المطلقة

قال الله سبحانه: ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [سورة الطلاق آية: 1]، وذلك هو الرجعة، وقال تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ [سورة البقرة آية: 234] يريد: قاربن بلوغ أجلهن: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [سورة الطلاق آية: 2]، وجعلهن مأمونات على انقضاء العدة بقوله: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [سورة البقرة آية: 228]، والزوج ممنوع منها حتى يرتجع بدليل القرآن، ولها النفقة والسكنى ويتوارثان ما لم تنقض العدة، ولا ينبغي أن يتلذذ منها بنظر أو غيره ولا يخلو معها.

ولمالك قول آخر: إنه يدخل عليها، ويأكل معها إذا كان معها من تحتفظ به، ثم

---

(1) انظر: المدونة: 4/129.

(2) انظر: المدونة: 4/132و 133.

قال: لا يفعل، وإن كان معها حافظ ولينتقل، وقد انتقل ابن عمر[1].

وليشهد على طلاقه ورجعته كما قال الله تعالى.

قال مالك في التي منعته نفسها -وقد ارتجع- حتى يُشهد: قد أصابت، وإن قال: قد راجعتك، ولم يشهد؛ كانت رجعة وليشهد.

قال مالك وعبد العزيز: إن وطئ في الفرج ينوي بذلك الرجعة؛ فهي رجعة، وإن لم ينو ذلك؛ فليست برجعة[2].

وكذلك قال ابن القاسم وأشهب في غير المدونة فيمن وطئ في الفرج أو قبل أو باشر في العدة: إنه إن أراد بذلك رجعة كانت رجعة، وإلا فلا.

قال مالك في المختصر الكبير[3]: ولا يطأها إلا بعد الاستبراء من وطئه إن وطئ، ولم ينو به الرجعة[4].

وقال الليث: وطؤه رجعةٌ، وإن لم ينو به رجعة[5].

قال ابن القاسم: وله الرجعة ما لم تر أول دم الحيضة الثالثة في الحرة[6]،

---

(1) انظر: المدونة: 4/307 و308.

(2) انظر: المدونة: 4/136 و137.

(3) قوله: (الكبير) ساقط من (ف2) و(م).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/283 و284.

(5) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 2499.

(6) عياض: وقوله: (حتى ترى أول قطرة من الحيضة الثالثة، فقد تم قرؤها وانقضت الرجعة عنها وحلت للأزواج، قال أشهب: أستحب ألا تعجل بالتزويج حتى يتبين أن الدم الذي رأت دم حيض يتمادى بها) إلى آخر كلامه الكلام كله من أول المسألة عندي في المدونة لأشهب، وأوله: وقال غيره إذا طلق الرجل امرأته، وساق المسألة إلى قوله: قال أشهب: غير أني أستحب بغير واو وعلى كون المسألة كلها لأشهب اختصرها ابن أبي زمنين وغيره، واختصرها أبو محمد وغيره من القرويين على أن أول المسألة لابن القاسم ثم جاء باستحباب أشهب بعده وهي روايتهم والكلام لابن القاسم وأنه مذهب صحيح مشهور.

وأكثر الشيوخ حملوا قول أشهب على التفسير والوفاق لما تقدم.

وذهب غير واحد إلى أنه خلاف لقول ابن القاسم، وهو مذهب سحنون؛ لقوله: وهي خير من رواية ابن القاسم؛ قال: وهو مثل قوله في رواية ابن وهب: إنها لا تحل للأزواج ولا تبين من زوجها حتى يعلم أنها حيضة صحيحة.

=

أو[1] الثانية في الأمة.

قال أشهب: وأحب إلي ألا ينكح حتى تستمر الحيضة، وقد تراه ساعة أو يوماً وينقطع، فلترجع إلى بيتها، والعدة قائمة، والرجعة له، وقضى زيد بن ثابت أن لها أن تنكح في دمها من الحيضة الثالثة.

= وإلى أنه خلاف كان يذهب وهو اختيار شيخنا القاضي أبي الوليد ابن رشد: وقال: يؤخذ من المدونة من هنا أن الدفعة الواحدة تكون حيضا، كما قال محمد، وإليه نحا أبو عمران.

وقال القاضي أبو الوليد: وهذا هو مذهب ابن القاسم، وذلك أنه لا حد لأقل الحيض عنده؛ لأنه قد يكون يوما أو بعض يوم إذا كان قبل طهر فاصل، وبعد طهر فاصل، فإذا رأت أول قطرة انقضت عدتها وحلت للأزواج ولا معنى لاستحباب تربصها على مذهبه؛ إذ لو انقطع بعد ساعة لما كان للزوج عليها عند ابن القاسم رجعة؛ لأن الدم إن عاد على قرب أضافه إليه وكانت حيضة ثالثة صحيحة، وإن عاد عن بعد وبعد مدة كانت حيضة رابعة.

وإنما يلزم التربص على مذهب من يحدد للحيض:

فعلى مذهب ابن الماجشون تتربص خمسة أيام أقل أمد الحيض عنده.

وعلى قول محمد بن مسلمة تتربص ثلاثة أيام أقل ذلك عنده.

وعلى ما حكاه الخطابي عن مالك: أقل الدم يوم؛ تتربص يوما؛ وهذا لاحتمال انقطاعه.

فإن انقطع وعاد بقرب لفق منه العدة المذكورة، وصح عند هؤلاء حيضا وإن انقطع ولم يعد إلا عن بعد كانت تلك الدفعة عندهم ملغاة، ولا يعتد بها في شيء؛ حكمها حكم دم العلة والفساد، وتقضي ما تركت فيه من الصلاة.

قال القاضي: وهذا تخريج لمذهب ابن القاسم من الكتاب من هذا الموضع، كما قال أبو عمران ونحوه له في كتاب الاستبراء مما سننبه عليه في موضعه إن شاء الله تعالى.

والذي ذهب إليه جمهور الشيوخ أنه إن لم يتماد بها الدم أنها لا تحتسب به حيضة ولا لما تقدم على نحو ما في كتاب محمد، وعلى ما رواه ابن وهب عن مالك أنها لا تبين إذا رأت الدم حتى تعلم أنها حيضة مستقيمة.

واختلفوا إذا راجعها زوجها عند انقطاع هذا الدم وعدم تماديه ثم رجع الدم بقرب، هل هي رجعة فاسدة؟ إذ قد استبان أنها حيضة ثالثة صحيحة وقعت الرجعة فيها فتبطل وهو الصحيح.

وقد قيل: لا تبطل، رجع عن قرب أو بعد.

وأما قول شيخنا: وتقضي ما تركت فيه من الصلاة، ففيه نظر ولا يوافق عليه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 951، وما بعدها.

(1) في (ف1): (و).

قال ابن القاسم: وترتجع الحامل ما بقي في بطنها ولد[1].

وله الرجعة في عدة المرتابة بالحس إلى أقصى جلوس النساء.

وإن طلقها قبل البناء، فظهر بها حمل، فلم ينفه؛ فهي له زوجة، وهي في عدة وله الرجعة.

وإن طلق قبل أن تعلم له بها خلوة، فادعى الوطء؛ فلا عدة عليها بقوله، ولا رجعة له.

قال أشهب: ولو أقام بينة أنه أقر قبل الفراق بمصابها، أو على إقرارهما به؛ فلا رجعة له بذلك، وإن صدقته، إذ ليس ببناء معلوم ولتعتد إن صدقته ولها السكنى والنفقة، وإلا فلا[2].

وإن خلا بها في بيت[3] أهلها غير خلوة بناء، فادعى الجماع، وأنكرته ثم طلق؛ فلتعتد، ولا رجعة له، وليست خلوة بناء.

يريد: ولو كانت خلوة بناء؛ صدق في إيجاب الرجعة وفي دعواه دفع الصداق إليها.

ومن غير المدونة قال ابن القاسم: إن[4] دخل بها وهي حائض، ثم طلقها بعد طهرها فلا رجعة له؛ لأن ذلك ليس بوطء[5].

يريد: وفيه الصداق والعدة.

ولو قال لمعتدة: قد راجعتك، فأجابته: قد انقضت عدتي، فإن مضت مدة تنقضي في مثلها؛ صدقت بعد يمين، وإلا لم تصدق.

وأما الحامل تدعى أنها أسقطت[6]، فذلك لا يخفى على جيرانها، ولكن الشأن

---

(1) انظر: المدونة: 4/140 و141.

(2) انظر: المدونة: 4/150.

(3) قوله: (في بيت) يقابله في (ف1): (ببيت).

(4) في (ف1): (وإن).

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 4/477.

(6) في (ف2): (أسقطته).

تصديقها بغير يمين.

وإن بعد يوم من طلاقه[1]، ولا أنظر إلى الجيران، وتنقضي العدة بما أسقطت مما يعلم النساء أنه ولد من دم أو مضغة أو علقة.

وإن قالت: حضت ثلاث حيض في شهر سئل النساء، فإن أمكن ذلك عندهن صدقت[2].

وقضي أبانُ في مطلقة ادعت بعد خمسة وأربعين يوماً أن عدتها قد انقضت، أنها مصدقة وتحلف، وليس العمل على أن تحلف[3].

وقد[4] ذكر عن سحنون: أن أقلَّ أجل[5] ذلك أربعون[6] ليلة[7].

وإن أشهد على رجعتها فصمتت، ثم ادعت بعد يوم أو أقل أن العدة قد انقضت قبل رجعته؛ لم تصدق وتمت الرجعة[8].

وإن قالت: دخلت في دم الحيضة الثالثة، ثم قالت: كنت كاذبة، ونظرها النساء فلم يرين حيضاً؛ لم يقبل قولهن[9]، وبانت بأول قولها إن مضت مدة تنقضي في مثلها العدة[10].

وإن قالت: حضت ثلاث حيض في شهرين، فقال الزوج: قد قلت بالأمس أو قبله لم تحضْ[11] شيئاً فصدقته؛ لم يقبل ذلك إلا ببينة أنها قالت ذلك،

---

(1) في (ف1): (طلاقها).

(2) انظر: المدونة: 4/144.

(3) انظر: المدونة: 4/147، وتهذيب البراذعي: 2/378و379.

(4) قوله: (قد) زيادة من (ف2).

(5) قوله: (أجل) زيادة من (ف2).

(6) في (ف2) و(م): (أربعين).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 1/126.

(8) انظر: المدونة: 4/144.

(9) في (ف2): (قولها).

(10) قوله: (العدة) ساقط من (ف2)و(م).

(11) كذا في الأصل، ولعل الصواب ما في تهذيب البراذعي: (تحيضي).

فيكون[1] له الرجعة إن لم يمض من وقت القول ما تحيض فيه ثلاث حيض، وإن مضى من يوم القول ما تحيض فيه ثلاث حيض؛ فلا رجعة له، وإن رجعت عن إقرارها بانقضاء العدة[2].

وإن قال: بعد العدة كنت راجعتك في العدة، فصدقته أو أكذبته[3]؛ لم تكن رجعة إلا أن يأتي ببينة، أو يعلم أنه كان يدخل عليها ويبيت عندها[4]، فيقبل قوله أكذبته أم صدقته[5].

فإن[6] كانت أمة، فأكذبته وصدقه السيد؛ لم يقبل ذلك إلا بشاهدين[7] سوى السيد.

ومن ارتجع في العدة وأشهد بعد انقضائها؛ فليست برجعة، وتصديقه داعية إلى إجازة نكاح بغير صداق وولي.

قال أشهب: وإن أقام بينة بعد العدة أنه أقرَّ بالوطء في العدة؛ فهي رجعة إن ادعى -يريد الآن- أنه أراد بذلك رجعة[8].

---

(1) في (ف1): (فتكون).

(2) انظر: المدونة: 4/147، وما بعدها.

(3) في (ف1): (كذبته).

(4) قوله: (عندها) زيادة من (ف2).

(5) عياض: وقوله في القائل لزوجه: (راجعتك في عدتك بعد انقضائها: لم يصدق إلا أن يكون يبيت عندها ويدخل عليها).

قال محمد في قوله: يبيت عندها: هذا على أحد قوليه في منعه الدخول عليها في عدتها، وأما على قوله بإباحة ذلك له إذا كان ثم من يتحفظ بها، فلا حجة له في الدخول والخروج، وأما المبيت فإن كان في بيتها أو هي في الدار معه وحدها، فهو حجة على القولين جميعاً، وتأمل ظاهر قوله: يبيت ويدخل. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 949.

(6) في (ف1): (وإن).

(7) زاد بعده في (ف2) قوله: (عادلين).

(8) قوله: (قال أشهب:... رجعة) ساقط من (ف1).

قال أشهب: وإن قال لمعتدة: إذا كان غداً، فقد راجعتك؛ فليست برجعة[1].

وإن قال في العدة: كنت راجعتك أمس؛ صدق وإن أكذبته، وإن قال: قد راجعتك، ثم قال: لم أرد بذلك رجعة؛ لم ينفعه، وتمت رجعته إن كانت في العدة، أو قامت على ذلك بعد انقضائها بينة.

قال محمد: قال أشهب: ولو شهدت بينة بعد العدة أنه أقر قبل انقضائها أنه خلا بها؛ لم تكن تلك رجعة إن ادعى ذلك الآن، بخلاف إقراره بالوطء.

قال محمد: وليس ذلك كالشهادة على الخلوة حتى يكون المقام، والدخول والخروج، ويعلم ذلك بغير إقراره[2].

قال محمد: وللمريض أن يرتجع، وكذلك المحرم[3] أو هي محرمة - يريد بالإشهاد - ويرتجع العبد بغير إذن سيده، وإن كره كانت أمة له أو لغيره[4].

جامع القول في الخلع والصلح والفدية والمبارأة[5]

قال الله عز وجل: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [سورة البقرة آية: 229].

وقد أباح الرسول عليه السلام لثابت بن قيس أن يأخذ منها ما أعطته إذ كرهته وقد زادته على ما أخذت منه وأمرها[6] النبي ﷺ بالعدة: وقال: «هي واحدة».

قال مالك: لم أزل أسمع إجازة الفدية بأكثر من الصداق لهذه الآية، ولهذا الحديث[7].

---

(1) انظر: المدونة: 4/138و139.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/284.

(3) في (ف1): (للمحرم).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/283.

(5) عياض: المبارأة معناه المفاصلة والبينونة. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 962.

(6) في (ف1): (فأمرها).

(7) انظر: المدونة: 4/166.

وإذا كان النشوز[1] من قبلها؛ جاز للزوج ما أخذ منها بالخلع، وإن كان أكثر من الصداق، ورضيت ولم يضر بها.

وإن كان لخوف ضرره، أو لظلم ظلمها أو أضر بها؛ لم يجز أخذه، وإن أخذ شيئاً؛ رده ومضى الخلع.

ويجوز أن يأخذ منها على إمساكها، أو يعطيها على أن تقيم[2] على الأثرة عليها، وذلك قول الله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضًا﴾ إلى قوله: ﴿صُلۡحًا﴾ [سورة النساء آية: 128]، ولا يأثم في الأثرة بعد ذلك[3].

والمبارئة قبل البناء أن تقول: خذ الذي لك وتاركني.

والمختلعة: التي تختلع من كل الذي لها.

والمفتدية: التي تفتدي ببعضه، وتأخذ بعضه، وذلك كله سواء[4].

وهي طلقة بائنة سماها، أو لم يسم طلاقاً.

وكذلك لو أعطته شيئاً، وقالا: ذلك بذلك ولم يذكرا طلاقاً، إلا أن يسمي هو أو تشترط هي في ذلك كله أكثر من واحدة؛ فيلزم بمعنى الخلع، ولا رجعة فيه ولا موارثة.

وله أن ينكح المعتدة منهن في عدتها؛ لأن الماء ماؤه بوطء صحيح، إلا أن يتقدم له فيها طلاق يكون بهذا ثلاثاً للحر واثنتين للعبد، فلا تحل له إلا بعد زوج[5].

ومن نوى بالخلع طلقتين أو ثلاثاً؛ لزمته وإن لم يلفظ بها.

وإن أتبع الخلع أو الصلح أو ما وقعا به من الكلام طلاقاً من غير صمات نسقاً؛

---

(1) عياض: النشوز معناه الامتناع من الزوج والاستعصاء عليه، والنشوز أصله الارتفاع، والنشز والنشز ما ارتفع من الأرض. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 962.

(2) في (ف2) و(م): (يقيم).

(3) انظر: المدونة: 4/156، وما بعدها.

(4) انظر: المدونة: 4/176.

(5) انظر: المدونة: 4/171.

لزم، فإن[1] كان بين ذلك صمات أو كلام آخر، لم يلزمه الطلاق الثاني[2].

ويلزم[3] الخلع والمبارأة عند غير السلطان.

وإن شرط عليها في الخلع الرجعة؛ بطل الشرط وتم الخلع ولا رجعة له، وكذلك إن شرط أنها إن طلبت شيئاً عادت زوجة، وكذلك إن أعطته مالاً على أن يطلق ويشترط الرجعة؛ فإنه لا رجعة له قاله مالك[4].

ورويَ عنه أن له الرجعة وقاله سحنون[5].

ومن طلق ولم يأخذ شيئاً؛ فليس بخلع إلا أن يقول: خلعتك أو يسمي خلعاً، وإن لم يأخذ شيئاً؛ فله حكم الخلع عند ابن القاسم.

ولو قال: أخالعك على أن أعطيك كذا وكذا، ولا صداق لها عليه ولا دين؛ فذلك عند ابن القاسم خلع لا[6] رجعة فيه.

وروى هو وابن وهب عن مالك: أن من طلق وأعطى له الرجعة، وعليه أكثر الرواة، ورويَ عنه: أنها واحدة بائن[7].

قال محمد: إذا جرى ذلك بينهما بمعنى الخلع والصلح، وإن لم يقولا[8].

وأما إن لم يجد على ذلك؛ فله الرجعة.

قال غيره فيمن قال لمدخول بها: أنت طالق طلاق الخلع[9]، فلا يكون طلقة بائن

---

(1) في (ف1): (وإن).

(2) انظر: المدونة: 4/177.

(3) في (ف2): (ويلزمه).

(4) انظر: المدونة: 4/170 و171.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/256.

(6) في (ف1): (ولا).

(7) انظر: المدونة: 4/172و 173.

(8) في (ف1): (يقولاه).

(9) عياض: قال بعض شيوخنا: ومسألة الذي طلق طلاق الخلع، والخلاف فيها إنما هو في المدخول بها، وأما من لم يدخل بها فلا يختلف أنها واحدة.

وتعليل مالك في الكتاب بأنه ليس دون البتة طلاق يبين إلا الخلع يدل عليه ؛ لأن طلاقه قبل

إلا أن يأخذ منها، وإن لم يأخذ؛ فهو البتات.

قال مطرف: هي واحدة وله الرجعة[1].

وإن خالعها على عبد على إن زادها عشرة دنانير؛ جاز، وليس كالنكاح؛ إذ الصلح يلزم على غير شيء، أو على أن يعطيها هو، فتكون طلقة بائنة، ولا يرجع عليها بشيء.

قال مالك والليث: وإن صالحته أو بارأته على المتاركة، أو خالعته على أن أعطته عبداً، أو مالاً وذلك قبل البناء، فليس لها أخذه بنصف الصداق، وإن قبضت جميعه ردته، وقلنا ذلك في المتاركة بغير شيء، فإذا أدت كان أبعد أن يرجع بشيء.

ولو سألته الطلاق قبل البناء على عشرة دنانير من صداقها، قال محمد عن مالك: أو خالعته عليها من صداقها[2]، فإن لها نصف ما بقي بعد العشرة قبضتها أو لم تقبضها[3].

قال محمد عن مالك[4]: وأما في الخلع المبهم؛ فلا شيء لها من المهر أعطته على الخلع شيئاً أو لم تعطه، قاله مالك وأصحابه وغيرهم في التي لم يدخل بها خلا أشهب فإنه جعل لها أن ترجع بنصف الصداق، ويكون له ما أعطته.

قال ابن القاسم: وأما المدخول بها تصالحه على شيء من مالها، فإن لها أن ترجع بمؤخر صداقها، بخلاف التي لم يبن بها[5].

قال ابن القاسم: فأما إن قالت له قبل البناء: طلقني طلقة بغير شيء، أو طلقني طلقة[6] على عشرة، ولم تقل: من صداقي ففعل؛ غرمت العشرة إن شرطها، وقضى لها

=

البناء يبين. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 969.

(1) قوله: (قال مطرف... الرجعة) زيادة من (ف2)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 160/5.

(2) قوله: (قال محمد... صداقها) ساقط من (ف1)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 270/5.

(3) قوله (أو لم يقبضها) يقابله (أم لا).

(4) قوله: (عن مالك) ساقط من (ف2).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 269/5 و270.

(6) قوله: (طلقة) ساقط من (ف1).

في الوجهين بنصف الصداق؛ لأنها إنما اشترت منه الطلاق، أو سألته فيه بغير شيء[1].

قال محمد: فهي[2] بخلاف الخلع المبهم[3].

قال ابن القاسم: ولا تخرج العشرة من المهر إلا أن تشترط كذلك.

وإن قال لها: أنت طالق على عبدك هذا، فإن قبلت قبل التفرق، وإلا فلا قبول لها بعد ذلك[4].

وإن خالعها على أخذ الولد؛ لزمها ذلك إلا أن يضر ذلك بالصبي[5]، ويعلق بأمه، ويخاف عليه[6].

يريد: فيتم الخلع، ويرد إليها الولد.

فإن شرط ألا سكنى لها، فإن أراد إلزامها كراء المسكن؛ جاز ذلك[7] كان له أو لغيره، وإن كان على أن تخرج من منزله؛ تم الخلع ولم تخرج، ولا شيء له عليها.

---

(1) انظر: المدونة: 4/166.

(2) في (ف2): (وهو).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/270.

(4) انظر: المدونة: 4/170.

(5) عياض: ومسألة (المختلعة على أن يكون الولد عنده وإجازته ذلك إذا لم يضر بالصبي).

قال الفضل: روايته عنه في منع بيع الأمة برضاها على أن يفرق بينها وبين ابنها الذي لم يثغر؛ لأنه حق للصبي، خلاف لقوله - هنا - ووفاق لقول عبد الملك: إن شرط الزوج لهذا باطل، والولد مع أمه ما دام صغيرا، ولو جاز ذلك لجاز بيعها دون ابنها برضاها، ومثل قول عبد الملك روى ابن غانم والمدنيون عن مالك.

قال بعض شيوخنا: يخرج من هذه المسألة أن لمن له الحضانة تولية حقه فيها لغيره وإن أبى من هو أولى من المولى؛ إذ لم يشترط - هنا - في جواز ذلك إن لم يكن ثم من هو أحق بالحضانة من الأب، وقد اختلف هل له ذلك أم لا؟

وقال أبو عمران: القياس ألا يسقط حق الجدة - هنا - إن قامت بالحضانة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 969 و970.

(6) انظر: المدونة: 4/173.

(7) قوله: (ذلك) زيادة من (ف1).

ومن النكاح: وإذا خالعته على حلال وحرام كمالٍ وخمرٍ؛ جاز منه الحلال وبطل الحرام، ولا شيء للزوج غير ذلك[1].

وإن خالعته على خمر؛ تم الخلع، ولا شيء له، وإن قبضها أهريقت[2] عليه[3].

ومن الخلع: وإن خالع على بعير شارد أو عبد آبق أو ثمرة لم يبد صلاحها، أو عبد عندها لم تصفه، أو بما تلد غنمها، أو بتمر نخلها العام؛ لزم الخلع، وله مطالبة ذلك كله على غرره، بخلاف النكاح[4].

ولو خالعته على ثوب مرويَ ولم تصفه جاز، وله وسط من ذلك، ولا بأس بالخلع على دنانير أو عرض أو طعام موصوف إلى أجل.

ولا بأس أن يأخذ بذلك رهناً أو كفيلاً، ولا يبع الطعام حتى يقبضه، ولا يفسخ غير الطعام فيما لا يتعجله.

وإن صالح على عبد بعينه يقبضه إلى أجل بعيد؛ تم الصلح وله أخذه مكانه[5].

وإن كان صالح[6] على مال إلى أجل مجهول؛ كان على الحلول، كوجوب القيمة حالة في البيع على ذلك إذا فاتت السلعة.

وإن خالع على دراهم أرَتْها إياه فوجدها زيوفاً؛ فله البدل، وإن كان على عبد بعينه فاستحق؛ رجع بقيمته كالنكاح والصلح به من دم عمد؛ إذ ليس لذلك كله ثمن معلوم.

وإن كان لأحدهما على الآخر دين مؤجل، فتخالعا على تعجيله؛ جاز الخلع، ورد

(1) انظر: المدونة: 3/ 271.

(2) في (ف1): (هريقت)، وفي (ف2): (هرقت)

(3) انظر: المدونة: 4/ 175.

(4) انظر: المدونة: 4/ 161.

(5) انظر: المدونة: 4/ 190 و191.

(6) قوله: (صالح) زيادة من (ف1).

الدين إلى أجله.

قال غيره: إن كان الدين عليه وهو عين له تعجيله فذلك جائز.

وهو رجل أعطى وطلق وله الرجعة عنده، وإن كان ما لا يعجل إلا برضاها من عرض أو طعام؛ فهذا خلع ولا رجعة له، والدين إلى أجله، وكما لو خالع[1] على إن أسلفته، أو أخرته بدينٍ كان[2] لها حال لمضى الخلع، ورد السلف، وتعجلت الدين لنهي الرسول عليه [الصلاة و] السلام عن ما جرَّ نفعاً من السلف[3].

وأما الطلاق فلازم لا مردَّ له، وكل ما رددناه من مثل هذا وأجزنا الخلع؛ لم يرجع عليها الزوج بصداق مثل ولا غيره.

قال محمد: إذا صالحها على أن عجل لها دينها، فإن لم يكن[4] في ذلك وضيعة ولا جر منفعة؛ فذلك جائز، وكذلك إن أخرها بدين له عليها، ولا نفع له في ذلك.

وإن حطته[5] بعض دينها، وعجل لها بعضه، أو أخرته به؛ فالحطيطة ماضية في الخلع، وترد ما عجل لها، ويبطل التأخير.

ولو كان الدين له عليها فصالحها على أن عجلت بعضه، وأسقط عنها بعضه، والصلح ماض، ويرد ما تعجل، ويبطل ما وضع، ويبقى الدين كله عليها إلى أجله.

وإن[6] تزوجت على عشرة نقداً أو عشرين إلى أجل، فصالحها قبل أن ينقدها شيئاً، وقبل البناء على عشرة نقداً، وطرحت ما بقي؛ فالطلاق ماض، وترد خمسة تبقى عليه إلى الأجل، ثم تأخذها منه فقط، وإن كان على ستة ردت ديناراً يبقى لها إلى أجله، وأما على خمسة عشر كاملة فهي لها ولا ترد شيئاً؛ إذ ليس في ذلك وضيعة شيء[7].

---

(1) في (ف1): (خالعته).

(2) قوله: (كان) زيادة من (ف2).

(3) انظر: المدونة: 4/174 و175. والحديث أخرجه في مسند الحارث: 1/500، برقم: 437. بلفظ عن علي بن أبي طالب قال رسول الله ﷺ: كل قرض جر منفعة فهو ربا.

(4) في (ف1): (تكن).

(5) في (ف1): (حطت).

(6) في (ف1): (فإن).

(7) قوله: (شيء) ساقط من (ف2)، وفي (م): (بشيء)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 5/265.

قال ابن القاسم: وإن خالع على أن عليها نفقته حولاً أو أحوالاً؛ بطل ذلك وتم الخلع.

وإن شرط عليها نفقة الولد إلى بعد الحولين أمداً سمياه؛ لزمها ذلك في الحولين فقط، وبطل النايف عليهما[1].

ورأى المغيرة له طلبها بما بعد الحولين من نفقة الولد أو بما شرط من نفقة[2] لنفسه

---

(1) عياض: والخلع بالغرر جائز ماض عنده في الكتاب، ولابن القاسم قول آخر أنه كرهه، وفيه قول ثالث أنه ممنوع، ولا يمضي الخلع بغير شيء.

قال بعض الشيوخ: ويجب على أصلهم أن يعوض قيمة ما خرج من يدها أو يبطل الخلع كله.

وقد خرج بعضهم من قوله في (اشتراط النفقة على الولد بعد الحولين أو على الزوج أن ذلك ساقط عن الأب) اختلافا من قوله في المدونة، وعلى حكم التسوية في الجواز في ذلك كله قول المغيرة وغيره.

وقال بعضهم: ليس بخلاف، وفرقوا بينهما بفروق ضعيفة وأولى ما يفرق بينهما على هذا عندي أن يقال: إن الغرر - هنا - كثير ومن الجهتين؛ لأن المرأة لا تدري هل يعيش الولد، فيلزمها ما التزمت وتخرجه من يدها على كل حال ويصل الزوج إلى غرضه، أم يموت بعد الحولين الولد أو الوالد، فلا يخرج من يدها شيء ويتوفر مالها ولا يصل الزوج إلى غرض، أم تخرب ذمة المرأة وتعدم فلا يصل الزوج - أيضا - إلى غرض وغير هذا من البعير الشارد والآبق والثمرة قد أخرجت ذلك المرأة من يدها ويئست من رجوعه إليها وبقي الغرر فيه من جهة الزوج وحده.

والنفقة في الحولين أخف في الغرر؛ لأنها لو لم تخالعه عليها لكان رضاعه لازما لها في الزوجية مدة الحولين، فهي لم تخرج من يدها شيئا للفراق سوى ما كان يلزمها مدة الزوجية من الرضاع، وإذ قد يقوم بالصبي رضاعه ويستغني به عن نفقة كأكثر الصبيان وغير ذلك من كسوة ومؤنة فكالتبع، ولأن الأب إذا أعدم بعد الطلاق في الحولين لزم الأم رضاع الولد فيهما بخلاف النفقة فيما بعدهما، وكذلك في الحمل هي لو لم تكن حاملا كانت نفقتها على نفسها، فإذا التزمتها في الحمل لم تزد على نفسها شيئا كان لا يلزمها لو لم تكن حاملا.

وقد قال ابن وهب في المبسوط: إنما يجوز من ذلك صلحها في الحولين على الرضاع وحده، فأما على نفقة، فلا يجوز في الحولين ولا بعدهما، وهذا يشد نظرنا في المسألة والتفاتنا إلى الفرق الذي ذكرناه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 964، وما بعدها.

(2) في (ف1): (نفقته).

إلى مدته كمطالبته للغرر[1].

قال[2] مالك: ويلزمها إن شرط[3] في الحولين نفقة ورضاعاً، وإن ماتت كان في مالها، وإن مات الولد قبل الحولين؛ لم يرجع الأب بشيء، ولم أرَ أحداً رجع بهذا.

قال محمد: كمن صالح على إسقاط نفقة الحمل، فأسقطت سقطاً[4].

وإن قالت: له بارني[5] أو خالعني أو طلقني على ألف أو بألف؛ فهو سواء.

وإن قالت: بعني طلاقي بألف؛ جاز.

وإن خالع على ألف، ثم ألفاها عديمة مضى الخلع واتبعها، إلا أن يكون قوله لها على أنه إنما يتم لها إذا أعطته الألف؛ فلا يلزم إن لم تعطه الآن.

وإن قال له رجل: طلق امرأتك، ولك عليّ ألف ففعل؛ لزم ذلك الرجل.

ولو[6] خالع الأب على ابنته الثيب بعد البناء على أن ضمن للزوج دَرَكَ الصداق؛ فذلك لازم، فإن لم ترض الابنة بطلب الأب أخذت به الزوج، ورجع به الزوج على الأب، وكذلك الأخ أو الأجنبي في مثل هذا[7].

وإن قالت له: اخلعني[8] بألف درهم، فقال لها: قد خلعتك لزمها، وإن لم تقل بعد ذلك: قبلت[9].

وإذا قال لها: متى ما أعطيتني ألف درهم فأنت طالق؛ كان كمن ملكها إلى أجل، أو متى شاءت، فإن ذلك لها ما لم يوقف، فيأخذ أو ترد، أو توطأ فيبطل ما بيدها[10].

---

(1) انظر: المدونة: 4/175 و176.

(2) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(3) في (ف2) و(م): (شرطت).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/267.

(5) في (ف1): (فارقني).

(6) في (ف1): (وإن).

(7) انظر: المدونة: 4/183.

(8) في (ف1): (اختلعني).

(9) انظر: المدونة: 4/177.

(10) انظر: المدونة: 4/170.

وإذا صالحها، ثم آلى منها بعد الصلح؛ لزمه الإيلاء إن تزوجها، ولا يلزمه الظهار، إلا أن يريد إن تزوجتك، أو يجري ما يدل على ذلك؛ فيلزمه إن نكحها، كمن خالع إحدى امرأتيه، فقالت الأخرى: ستراجعها، فقال: هي طالق أبداً ولا نية له.

قال مالك: فهذا جواب لما أرادت، فإن تزوجها طلقت بواحدة وكان خاطباً[1].

وإن خالعته على مال، ثم تبين أنه قد أبتَّها قبل ذلك، أو أنه نكحها وهو محرم، أو ثبت أنها أخته من الرضاعة، أو ما لا يقرَّان عليه، أو أنه حلف بطلاقها البتة ألا يخالعها، أو تبين أن به جنوناً أو جذاماً أو برصاً؛ فإنها ترجع عليه بما أخذ ويمضي الخلع[2]؛ لأنها

---

(1) انظر: المدونة: 4/189.

(2) عياض: وقوله في (المخالعة يستبين لها بعد أن خالعت بالزوج جنونا أو جذاما: لا يكون له شيء من الخلع)، وذكر أنه فسخ بغير طلاق.

قال سحنون في مسألة النكاح المختلف فيه في ثاني النكاح: (إن الخلع فيه جائز ولا يرد.

قال: ولو رأيت الخلع فيه غير جائز ما أجزت الطلاق، ثم ذكر اختلاف قول مالك في هذا الأصل، وأن كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه فالخلع فيه مردود، ويرد عليها ما أخذ منها).

قال سحنون: وهذه ترد إلى ما في كتاب الخلع؛ يعني ما قدمناه في وجود العيب، وهو مما يحكم فيه بالطلاق، وليس مما يفسخ بكل حال؛ إذ للزوجة الرضى به، وقد رد فيه الخلع. وقال في كتاب محمد: ما لأحد الزوجين الرضى به، فلا يرد فيه الخلع.

وظاهر الكلام في هذا الكتاب لابن القاسم، وعلى ذلك اختصره غير واحد، ونقله اللخمي لابن الماجشون، وقد ذكر هذا عبد الحق عن بعض شيوخه، وأن مذهب ابن القاسم الرد فيها، وكلام سحنون ورد مسألة النكاح إليها يدل على خلاف ذلك.

وقوله في هذه المسألة: (أو جذام أو برص)، ثبت البرص عند ابن عيسى وأوقفه في كتاب ابن عتاب، وكتب عليه: هذا خلاف ما له في الخيار إلا أن يكون غرها منه.

قال القاضي: انظر ما في الخيار وهل هو خلاف كما ذكر؟ وإلى الخلاف نحا اللخمي وغيره، والتفريق فيه بين الرجل والمرأة. وظاهر ما في كتاب الخيار أنه فيما طرأ بعد النكاح.

وفي العتبية رد المرأة والرجل من قليل البرص إلا أن يكون اليسير الذي يستيقن أنه لا يزداد فلا يردا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 971، وما بعدها.

كانت أملك بفراقه، وإن انكشف أن بها جنوناً أو جذاماً أو برصاً؛ كان له ما أخذ، وتم الخلع؛ لأن له أن يقيم[1].

قال[2] في كتاب النكاح الثاني: وإن ثبت أنه نكح بغرر أو بغير ولي فاختلعت منه قبل البناء بمال فذلك ماض، وله ما أخذ[3].

قال سحنون: هذه ترد إلى ما في كتاب الخلع أنه يرد ما أخذ منها[4].

قال محمد: وليس له رجوع بالصداق على من غرَّه بعيب ذهب.

قال[5] محمد: إنما لا يرد ما أخذ فيما لأحدهما المقام عليه[6].

الدعوى في الصلح والتمليك وخلع الأب، وعفوه عن نصف الصداق، وصلح الوصي والسيد، والأمة والوكيل والخلع في المرض

قال الله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: 237].

قال مالك: وهو الأب في ابنته البكر، والسيد في أمته[7].

وإنما للأب العفو عن نصف الصداق في الطلاق قبل البناء في البكر، وإن بلغت بمعنى النظر، وليس له ذلك قبل الطلاق، وإنما له ذلك بعد الطلاق وقبل البناء أو[8] في مبارأة أو فدية قبل البناء وفي أول الكتاب[9] شيءٌ من هذا، وكذلك جاء

---

(1) انظر: المدونة: 4/178 و179.

(2) في (ف2) و(م): (وقال).

(3) انظر: المدونة: 3/319.

(4) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 971.

(5) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/274.

(7) انظر: الموطأ: 2/527.

(8) في (ف2): (و).

(9) في (ف2): (النكاح).

النص[1].

وقال في التي دخل بها قبل البلوغ: فلا بأس أن يصالح عليها[2] الأب في الطلاق على ترك الصداق كله[3].

قال في غير المدونة: وأما إن طلقها الزوج بعد البناء من غير صلح؛ فلا يجوز ذلك للأب فيها.

وأما البالغ المدخول بها؛ فلا يجوز صلحه عليها على ترك الصداق، إلا بمعنى الضمان كما قلنا في الباب الأول.

ولا يجوز لوصي أو ولي أن يخالع على[4] البكر إلا الأب كما ذكرنا، فإنه يجوز خلعه عليها، وإن كان على إسقاط جميع المهر[5]، ولا رد لها إن بلغت، ولا يجوز للوصي أن يبارئ عنها بخلاف اليتيم.

والفرق بينهما أنه يزوج يتيمه ولا يستأمره، ولا يزوج يتيمته إلا برضاها[6]، فلذلك[7] يبارئ عن يتيمه، يريد: لما يأخذه له[8]، ولا يبارئ عن يتيمته إلا برضاها[9].

وروى ابن نافع عن مالك: إن للوصي أن يبارئ عنها قبل بلوغها بمعنى النظر لها[10].

---

(1) انظر: المدونة: 3/280 و281.

(2) في (ف1): (عنها).

(3) قوله: (كله) زيادة من (ف1)، وانظر المسألة في: المدونة: 4/188 و189.

(4) في (م) و(ف1): (عن).

(5) قوله: (جميع المهر) يقابله في (ف2): (المهر كله).

(6) في (ف2)و(م): (بإذنها).

(7) في (ف2): (فكذلك).

(8) قوله: (يريد لما يأخذه له) ساقط من (ف1).

(9) انظر: المدونة: 4/183.

(10) قوله: (لها) ساقط من (ف1)، وانظر المسألة في: المدونة (العلمية): 2/253.

فأنكره سحنون وأسقطه ولم يقرأه عند السماع[1].

ويجوز للأب أو للوصي المبارأة عن الصغير على النظر له، والحظ فيما يأخذه[2] له، كما ينكحه نظراً، أو لأنه يومئذ ممن لا يجوز طلاقه.

قال سحنون: ثم لا يكون لزوجته نصف صداق ولا غيره.

وكذلك لو دخل بها، ومثله لا يقوى على الجماع، ولا يلزمه[3] أن يطلقا عليه على غير الخلع وأخذ المال، ولو عقد الأب نكاحه أو الوصي؛ فإن للوصي أن يبارئ عنه كما ذكرنا، وتلزمه[4] طلقة بائنة في مبارأة أبيه، أو وصيه.

ومن جعله القاضي له خليفة؛ كان كالوصي في ذلك، وكذلك السيد في عبده الصغير يزوجه لا يطلق عليه، إلا بشيء يأخذه له.

وإن كان قد روى ابن نافع عن مالك: فيمن زوج وصيفته وصيفه وهما صغيران؛ أن له أن يفرق بينهما بوجه الاجتهاد، وأن له ذلك ما كانا صغيرين.

وقال ابن نافع: لا يجوز ذلك إلا بمعنى الخلع[5].

ولو زوج عبده البالغ بغير أمره، أو يتيمه البالغ بأمره[6]، أو زوج ابنه أو يتيمه قبل

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 2551.

عياض: و(قول ابن نافع عن مالك: لا أرى بأسا أن يباري الخليفة عن الصغيرة) إلى آخر المسألة أنكرها سحنون، وأسقطها عند السماع، وهي ثابتة في روايتنا وكتب الأندلسيين.

قال ابن لبابة: رواية ابن نافع أحسن، ولم أر أحدا تعجبه رواية ابن القاسم أنه لا يبارئ عنها إلا برضاها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 975.

(2) في (ف1): (يأخذ).

(3) في (ف2): (يلزم).

(4) في (ف1): (ويلزمه).

(5) انظر: المدونة (العلمية): 2/252.

(6) عياض: وقوله: (زوج الوصي اليتيم وهو بالغ بأمره)، وقد ذكر تزويج السيد العبد الكبير بغير أمره، دليل على اشتراط رضى السفيه، وأنه لا يجبره الوصي على النكاح خلاف ظاهر ما له في النكاح الأول، وقد نبهنا عليه هناك وذكرنا الاختلاف فيه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 973.

البلوغ، ثم بلغ سفيهاً؛ لم تجز المبارأة على أحد من هؤلاء بغير إذنه؛ لأنه ممن يلزم طلاقه إن طلق، ولا يكرهون على الطلاق[1].

ولا تختلع أمة ولا أم ولد من زوج بشيء تعطيه إلا بإذن السيد، فإن فعلا بغير إذنه؛ فللسيد رد العطية، ويلزم الزوج الخلع، ويرد ما أخذ، ولا يتبع به الأمة إن عتقت، ويجوز ما خالعت به المكاتبة بإذن السيد، وكذلك ما وهبت[2].

قال سحنون: وذلك في الشيء اليسير التافه.

وإن وكل من يصالح عنه زوجته؛ لزم صلح الوكيل في غيبته، وإن وكل بذلك رجلين؛ لم يجز إلا باجتماعهما، بخلاف رسولي الطلاق.

ومن خالع زوجته في مرضه؛ ورثته، فأما إن خالعته في مرضها، وهو صحيح على مال أعطته؛ لم يرثها إذ الطلاق بيده[3].

وإن ماتت كان له الأقل مما أخذ، أو من الميراث.

قال ابن نافع: ويوقف المال حتى تصح أن تموت.

قال محمد: قال ابن القاسم: وينظر قدر مورثه يوم الموت.

ورويَ عن ابن القاسم في غير كتاب ابن المواز: إنما ينظر إلى الأقل مما أعطته ومن مورثه يوم الصلح.

قال محمد: قال أصبغ: ويوقف على الزوج ما أعطته، فإن صحت أخذه، وإن ماتت أخذ الأقل، ولا يحسب عليها ما أنفقت من مالها بعد الصلح.

---

(1) انظر: المدونة: 4/181 و281.

(2) انظر: المدونة: 4/184 و185.

(3) عياض: وقوله في (خلع المريضة: لا يجوز ذلك) حمله بعضهم على أنه خلاف لقول ابن القاسم بعده، وأنه أبطله على الإطلاق ولم يجز منه شيئا كالمرأة تهب جميع مالها أنه لا يجوز منه الثلث على مذهبه وروايته، وعليه حمله محمد بن المواز، وأكثرهم يرون قول ابن القاسم - هنا - مفسرا لقول مالك.

وكذا جاء في العتبية من رواية ابن القاسم عنه، كقول ابن القاسم في المدونة وأتم كلاما. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 976 و977.

قال[1] محمد: ولا ما تلف، وليس لها أن تتعمد تلف شيء منه ما لا بد لها منه، وإنما ينظر إلى قدر مورثه مما بقي من مالها ومنه، وإن أوصت بوصية؛ أخرج ما سمته له في الصلح من رأس المال، وكانت الوصايا في ثلث ما بقي، ثم يرد ما سمت في الصلح إلى ما بقي، فيأخذ الزوج منه قدر مورثه، إلا أن يكون ما سمت له أقل[2] فله الأقل.

وفي المختصر الكبير: إن خالعت المريضة بخلع مثلها جاز وردت ما زاد[3].

ورواه ابن وهب عن مالك.

قال ابن القاسم: وكل مقر فإقراره يلزمه، وعليه البينة فيما يدعيه.

فإذا قالت الزوجة: خالعتني[4] على هذا الثوب، وقال الزوج: بل على هذا العبد؛ فالقول قولها، وتحلف إلا أن يأتي الزوج ببينة.

وقال مالك: في الذي خالعها على شيء أعطته فيما بينه وبينها، فلما جاء بالبينة ليشهد عليها أنكرت؛ فإنه يلزمه الخلع بإقراره ولا يلزمها إلا اليمين، فإن جاء بشاهد؛ حلف معه واستحق[5].

وإن قالت: كنت طلقتني أمس على ألف وقبلت، وقال الزوج: كان ذلك ولم تقبلي؛ فالقول قولها.

وأفتى به مالك: في الذي ملك امرأته ثم خرج، فلما رجع قالت: كنت قد اخترت نفسي قبل تفرقنا، فأكذبها.

ومن قول مالك يومئذ: ألا يقضي في التمليك إلا في المجلس، واختلف فيها بالمدينة[6].

---

(1) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(2) في (ف2): (الأقل).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 5/275 و276.

(4) في (ف2): (خالعني).

(5) انظر: المدونة: 4/180.

(6) انظر: المدونة: 4/179.

باب[1] في الحكمين

قال الله سبحانه: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ﴾ [سورة النساء آية: 35].

قال مالك: فأحسن ما سمعت أن تجوز ما فعلا من فرقة أو اجتماع، وكذلك بلغني عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه[2].

قال مالك: وإنما يبعثهما الإمام إذا قبح ما بين الزوجين حتى تجهل حقيقة أمرهما، ولا تثبت ذلك البينات، فيبعثهما من أهلهما ويكونا[3] من أهل العدول[4] والنظر، فإن لم يكن في أهلهما من يراه أهلاً لذلك، أو لا أهل لهما؛ بعث من غير الأهلين.

وإذا وجد من الأهلين، كان أولى لعلمهما بحالهما.

وللزوجين أن يرضيا ببعثهما دون الإمام، قال: فإن جعلا ذلك إلى رجل واحد عدل فحكم؛ مضى عليهما[5].

ولا يجوز في ذلك تحكيم عبد أو صبي أو مشرك، أو سفيه أو امرأة ببعث الإمام، أو ببعث الزوجين دونه، أو من يليهما إن كانا في ولاية؛ لأن ذلك خارج عما أراد الله من الإصلاح إلى الغرر.

ولو حكم الزوجان من ذكرنا أنه لا يحكم فحكما؛ لم يجز فعلهما، إذ ليس

---

(1) قوله: (باب) زيادة من (ف2).

(2) انظر: الموطأ، للإمام مالك: 2/584.

عياض: وقول مالك: (وأحسن ما سمعت أنه يجوز أمر الحكمين عليهما)، تنبيه على خلاف الناس في ذلك؛ فإن أبا حنيفة والشافعي في أحد قوليه، ومن وافقهما لا يجيزون فراقهم على الزوجين. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 983.

(3) قوله: (ويكونا) زيادة من (ف2).

(4) في (ف2): (العدالة).

(5) انظر: المدونة: 4/211 و212.

كالتمليك.

قال محمد: أما المسخوطان وهما غير ذوي عدل، فيمضي ما حكما به[1] كما لو قضي بشهادتهما، ثم تبين ذلك لم يرد الحكم[2].

وإن كان أحد الزوجين أو كلاهما في ولاية، فذلك في بعث الحكمين إلى من يليهما دون العصبة.

قال مالك: وإن رأى الحكمان الفرقة؛ فرقا ولزم ذلك، وتكون واحدة بائناً، حكما بأخذ مال أو بغير مال[3]، وليس لهما الفراق بأكثر من واحدة، وإذا فرقا على أن يعطيا الزوج من مال المرأة شيئاً صلاحاً لها ونفياً للضرر عنها؛ فجائز، ولا يجوز على أن يأخذا من الزوج ويطلقاها عليه[4].

قال ربيعة: إن كان الظلم منه؛ فرقا بغير شيء، وإن كان الظلم[5] منهما؛ أعطيا الزوج على الفراق بعض الصداق، وإن كان الظلم منها خاصة؛ جاز ما أخذا له منها[6].

وإن حكم أحدهما بالطلاق ولم يحكم الآخر، أو حكم على مال والآخر على غير مال؛ لم يلزم[7] شيء إلا باجتماعهما، إلا أن ترضى الزوجة بالمال الذي قال[8] أحدهما وقد اجتمعا على الفراق فيلزم.

وإن حكم أحدهما بواحدة، والآخر باثنتين أو ثلاث؛ لزمه واحدة وكذلك لو

---

(1) قوله: (به) زيادة من (ف2).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/8.

(3) في (ف2): (أخذ).

(4) انظر: المدونة: 4/213.

(5) قوله: (الظلم) زيادة من (ف2).

(6) انظر: المدونة: 4/216 و217.

(7) في (ف2): (يلزمه).

(8) في (ف2): (قاله).

اجتمعا على أكثر من واحدة؛ لم تلزم[1] إلا واحدة، لأن ما زاد على واحدة خارج عن معنى الإصلاح[2].

ورويَ عن ابن القاسم: إن الثلاث تلزم[3] إن اجتمعا عليها، وقاله أصبغ على حديث زبراء[4].

وحكم التي لم يدخل بها في الحكمين، حكم المدخول بها، إلا أنهما لا يبطلان ما للزوج من الرجوع بنصف المهر إن قبضته هي، كما لا يفرقان على الأخذ منه.

ولو حكما بأخذ الزوج منهما جميع المهر على الفراق؛ جاز.

وإن حكما بلفظ البتة أو خلية، أو برية أو بالثلاث؛ لم تلزم إلا واحدة في غير المدخول بها، لأن الواحدة تبريها وتخليها.

ولو نوى بها الحكمان ثلاثاً أيضاً واحدة[5].

وكذلك الأمة المدخول بها تعتق فتختار نفسها[6] بالثلاث؛ إن ذلك واحدة على اختلاف فيه من قول مالك[7].

وابن القاسم يرى أن الثلاث لازمة فيها.

---

(1) في (ف2): (يلزمه).

(2) انظر: المدونة: 4/214.

(3) في (ف2): (تلزمه).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 5/282.

(5) عياض: وقوله في (الحكمين إذا قال أحدهما: برئت منك، وقال الآخر: خليت: أما التي لم يدخل بها فهي واحدة؛ لأن الواحدة تخليها وتبرئها وإن نوى بها البتة فهي -أيضا- واحدة).
وقال بعض الشيوخ: قوله هذا خلاف ما له في كتاب التمليك.
قال أبو عبد الله بن عتاب: لأن مذهبه في خلية وبرية، لغير المدخول بها أنها ثلاث إذا لم تكن له نية وظاهر ما ههنا أنها واحدة؛ يعني لقوله: فهي واحدة، وإن نوى بها - أيضا - أنها البتة، يعني الحكمين فهي - أيضا - واحدة، فدل أن الكلام قبل فيمن لا نية له. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 981 و982.

(6) قوله: (نفسها) زيادة من (ف1).

(7) انظر: المدونة: 4/215.

وأكثر ما في باب الحكمين يذكر أنه لعبد الملك بن الماجشون إلا ما ذكر مالك فيه.

وقد تقدم ذكر الحضانة والنفقة على الولد،وغيره أضفته إلى كتاب الرضاع.

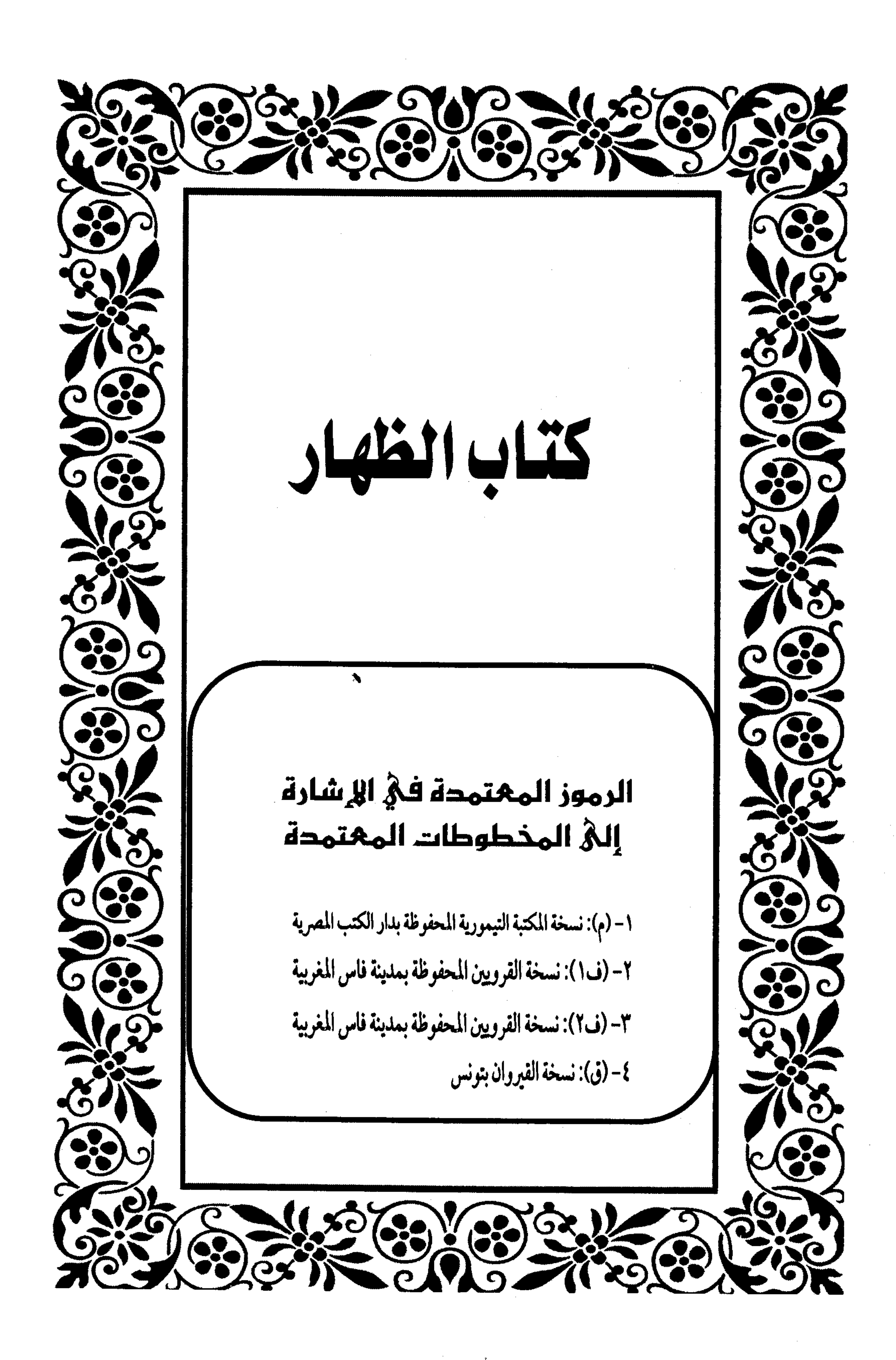
تم[1] كتاب إرخاء الستور والرجعة والمتعة
والخلع[2] والحكمين من الاختصار[3] والحمد لله رب العالمين
وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وسلم تسليماً

---

(1) في (ف1): (كمل).

(2) قوله: (والرجعة... والخلع) ساقط من (ف2).

(3) قوله: (من الاختصار) زيادة من (ف2)، وقوله: (والرجعة...الاختصار) يقابله في (ف1): (وما دخل فيه من غيره).



كتاب الظهار

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١ - (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية

٢ - (ف١): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٣ - (ف٢): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٤ - (ق): نسخة القيروان بتونس



كتاب الظهار

جامع القول في الظهار واليمين به

قال الله تبارك وتعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ﴾ [سورة المجادلة آية: 2]، ثم ذكر الكفارة في ذلك.

قال[1] ابن القاسم: فكل من ظاهر[2] بالأمهات، أو سائر ذوات المحارم من القرابات، أو الرضاع؛ فهو مظاهر، وكذلك المتظاهر بالصهر، وإن جعل عضواً من امرأته، كظهر من ذكرنا، أو جعلها عليه كعضو إحداهن[3]؛ فهو مظاهر.

وإن قال: أنت عليّ كأمي، أو مثل أمي أو حرام مثل أمي، ولا نية له؛ فهو ظاهر[4].

قال غيره: ولا تحرم به؛ لأنَّ[5] الله ﷻ أنزل الكفارة في الظهار، ولا يعقل من لفظ به فيه شيئاً سوى التحريم.

وإن قال: أنت عليّ كفلانة أجنبية أيم أو ذات زوج؛ فهو البتات[6]. ولو كانت من ذوات المحارم؛ كان ظهاراً، إلا أن ينوي به الطلاق؛ فيكون كالبتات[7].

فإن سمّى في الأجنبية الظهر؛ كان ظهاراً.

قال[8] غيره: بل هو طلاق[9] يعني: عبد الملك.

(1) في (ق): (فقال).

(2) في (ق): (تظاهر).

(3) في (ق): (أحدهن).

(4) في (ف1): (مظهار).

(5) قوله: (لأن) ساقط من (م) و(ف1).

(6) قال ابن منظور: (البَتُّ: القَطْعُ المُسْتَأْصِل... وفي الحديث «طلّقها ثلاثاً بَتَّةً» أي قاطعةً، وفي الحديث «لا تَبِيتُ المَبْتُوتَةُ إلاَّ في بيتها»، هي المُطَلَّقة طَلاقاً بائِناً) لسان العرب: 6/2، تركيب: (بتت).

(7) في (ق): (البتات).

(8) قوله: (قال) ساقط من (ف2)، وفي (ف1): (وقال).

(9) انظر: المدونة: 85/5 و86.

قال أصبغ: قول مالك وأصحابه إذا سمى الظهر في الأجنبية؛ فهو ظهار[1].

قال[2] ربيعة: وإن[3] قال: أنت عليّ مثل كل شيء حرمه الكتاب؛ فهو ظهار[4].

قال[5]: بقول ربيعةَ ابنُ الماجشون، وابنُ عبد الحكم، وأصبغُ.

وقال ابن نافع: بل هو البتات؛ لأن الكتاب حرّم الخنزير، والميتة، وغيرهما[6].

ابن شهاب: وإن قال: كبعض من حرم الله عليّ من النساء؛ فهو ظهار[7].

ومن المستخرجة أصبغ عن ابن القاسم وإن قال: أنت عليّ كظهر أبي[8]، أو غلامي؛ [(م: 153/أ)]؛ فهو ظهار[9].

قال سحنون: إن[10] قال: أنت أمي في يمين، أو في[11] غير يمين؛ فهو ظهار، وإن قال: إن وطئتُك وطئت أمي؛ فلا شيء عليه[12].

وإن قال: يا أمه[13] يا أخته[14]؛ فلا شيء عليه، ....

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 5/292 و293.

(2) قوله: (قال) زيادة من (ف1).

(3) في (ف1): (إن).

(4) انظر: المدونة: 5/87.

(5) في (ف1): (وقال).

(6) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1124 و1125.

(7) انظر: المدونة: 5/87.

(8) في (ق): (ابني).

(9) انظر: البيان والتحصيل: 5/198.

(10) في (ف1): (وإن).

(11) قوله: (في) ساقط من (م).

(12) انظر: النوادر والزيادات: 5/298.

(13) في (ف2) و(ق): (مه).

(14) في (ف2): (خته).

قاله[1] ابن القاسم في المدونة[2]:

قال محمد: عن مالك: إن قال: أنت أمي، أو قال[3] أنت عليّ كأمي؛ فهو ظهار، إلا أن يريد الطلاق؛ فيكون البتات، ولا ينفعه إن نوى واحدة.

وإن قال: كظهر فلانة؛ أجنبية كانت، أو ذات محرم؛ فهو ظهار.

محمد:[4] وإن نوى به الطلاق[5]، قاله[6] مالك وأصحابه[7].

وإن قال كفلانة، وهي أجنبية؛ ففيه اختلاف.

قال عبد الملك: هو طلاق ولا ينفعه ذلك[8] إن أراد الظهار.

وكذلك قوله: أحرم من فلانة[9].

وقال أشهب: هو ظهار، إلا أن يريد: الطلاق[10]، قال: وهو أحبُ إلينا.

وقال[11] عبد الملك: هو طلاق[12]، ولو كانت ذات محرم؛ كان ظهاراً، حتى يريد طلاقاً.

وقال[13] أشهب: هو ظهار، وهو أحبُّ إلينا[14].

---

(1) في (ق): (قال).

(2) انظر: المدونة: 4/262.

(3) قوله: (قال) زيادة من (ق).

(4) قوله: (محمد) زيادة من (ف1).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 5/292.

(6) في (م): (قال).

(7) انظر: المدونة: 5/86.

(8) قوله: (ذلك) زيادة من (ق).

(9) قوله: (أحرم في فلانة) يقابله في (م): (أحرم فلا ظهار).

(10) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/293.

(11) في (ف1) و(ق): (قال).

(12) قوله: (هو طلاق) زيادة من (ف1).

(13) في (ف1): (قال).

(14) انظر: النوادر والزيادات: 5/292.

وقال[1] عبد الملك: ومن قال: أنت عليَّ[2] أحرم من أمي ونوى الطلاق؛ فلا طلاق عليه وهو ظهار[3].

محمد: إنما هذا عند مالك فيمن سمّى الظهر.

فإن لم تكن له نية في قوله: أنت أحرم من أمي؛ فهو ظهار، وكذلك قوله: أنت علي حرام مثل أمي أو حرام كأمي[4].

محمد:[5]، قال مالك: في قوله: أنت عليّ أحرم من أمي[6] إن نوى الطلاق[7]؛ فهو البتات، وإن لم تكن له نية؛ فهو الظهار[8]، وكذلك قوله[9]: أنت عليّ حرام مثل أمي، أو حرام كأمي[10].

ومن المدونة: قال ابن القاسم: قال مالك: ويلزم الظهار من الأمة، والمدبرة، وأم الولد؛ لعموم الآية، وقاله علي بن أبي طالب، وغيره، ولا تلزم[11] في المعتقة إلى أجل[12]، ولا في أمة يملك بعضها، إذ لا يحلان له، وكذلك من اشترى بعض زوجته ثم ظاهر منها.

ولو تظاهر[13] من زوجته، ثم اشترى جميعها؛ فالظهار قائم عليه، ويلزمه الظهار

---

(1) في (ق): (قال).

(2) قوله: (عليَّ) ساقط من (ق).

(3) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1124.

(4) قوله: (فإن لم تكن نية في قوله: أنت أحرم من أمي... كأمي) ساقط من (ق).

(5) قوله: (محمد:) ساقط من (م) و(ق).

(6) قوله: (في قوله: أنت عليَّ أحرم من أمي) ساقط من (ق).

(7) في (ق): (طلاقاً).

(8) في (ق): (ظهار).

(9) قوله: (قوله) زيادة من (ق).

(10) قوله: (قال مالك في قوله: أنت علي أحرام... كأمي) ساقط من (ف2)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 5/292 و293.

(11) في (ق): (يلزم).

(12) انظر: المدونة: 5/87.

(13) في (ف1): (ظاهر).

في زوجته الأمة أو الكتابية[1].

وإن تظاهر كافر ثم أسلم، أو صبي ثم احتلم، أو مكره، أو معتوه؛ لم يلزمهم ذلك الآن[2].

ويلزم السكران ظهاره، ويلزم العبد الظهار في زوجته الحرة، أو الأمة.

وإن تظاهرت امرأة من زوجها؛ لم يلزمها[3].

محمد: وكذلك إن أجابته به[4] في تمليك[5].

والظهار في الزوجة قبل البناء، وبعده سواء.

والمجوسيان، إن أسلم زوج[6] ثم ظاهر[7] منها، أو طلق مكانه، ثم أسلمت بقرب إسلامه؛ فذلك يلزمه.

من تظاهر من صغيرة، أو حائض، أو رتقاء، أو صائمة، أو محرمة؛ لزمه[8].

فإن[9] قال لزوجه: إن شئت الظهار[10] فأنت عليّ كظهر أمي؛ فلها ذلك ما لم توطأ، أو توقف.

قال غيره: ذلك على اختلاف قول مالك في التمليك.

وكل كلام لفظ به؛ يريد به الظهار؛ لزمه به[11] الظهار، كالطلاق.

وإن قال: أنت عليّ كظهر أمي اليوم، أو أنت طالق اليوم، أو الساعة، أو هذا

---

(1) انظر: المدونة: 5/99 و100.
(2) قوله: (الآن) ساقط من (ق).
(3) انظر: المدونة: 5/88 و89.
(4) قوله: (به) ساقط من (ق).
(5) انظر: النوادر والزيادات: 5/220.
(6) في (ق): (الزوج).
(7) في (ق): (تظاهر).
(8) انظر: المدونة: 5/101.
(9) في (ق): (وإن).
(10) قوله: (شئت الظهار) يقابله في (م): (تشئين للظهار).
(11) قوله: (به) ساقط من (ق).

الشهر؛ لزمه في الوجهين، وإن مضى أجله، وإن قال: إلى قدوم أبي؛ [(م: 153/ب)] لم يلزمه حتى يقدم.

وإن قال: من الساعة إلى قدوم أبي؛ لزمه مكانه.

وإن قال: إن كلمت فلاناً اليوم؛ فأنت عليّ كظهر أمي، أو أنت عليّ كظهر أمي اليوم[(1)] إن كلمته.

يعني: اليوم[(2)]، فمضى[(3)] اليوم ولم يكلمه؛ فلا شيء عليه.

وكذلك إن دخلت الدار[(4)] اليوم على ما ذكرنا[(5)].

وإن قال: أنت عليّ كظهر أمي؛ إن لم أضرب عبدي اليوم، فإن ضربه في ذلك اليوم؛ فلا شيء عليه[(6)].

وإن قال لزوجته: أنت طالق البتة، وأنت عليّ كظهر أمي؛ لم يلزمه فيها ظهار إن تزوجها يوماً ما[(7)]؛ لأنه أوقعه بعد أن بانت بالبتة.

وليس كالطلاق إذا نسق على طلاق مثله في التي لم يدخل بها، وهذا معنى، والظهار معنى آخر، إلا أن يريد: إن تزوجتك، وذلك بخلاف إذا بدأ في لفظه بالظهار.

ولو قال لأجنبية: إن تزوجتك؛ فأنت طالق، وأنت عليّ كظهر أمي، أو[(8)] بدأ في لفظه هٰهنا بالظهار؛ فذلك سواء، ويلزمه الظهار فيها إن تزوجها يوماً ما[(9)]؛ لأن الطلاق والظهار وقعا بالعقد معاً؛ فلزماه[(10)].

---

(1) قوله: (اليوم) ساقط من (م).

(2) قوله: (يعني اليوم) ساقط من (ف1).

(3) في (ف1): (ومضى).

(4) قوله: (الدار) ساقط من (ق).

(5) انظر: المدونة: 5/90 و91.

(6) انظر: المدونة: 5/98.

(7) قوله: (ما) ساقط من (ف1) و(ق).

(8) في (ق): (و).

(9) قوله: (ما) ساقط من (ف1) و(ق).

(10) في (م) (فلزمتا به)، وانظر المسألة في: المدونة: 5/101 و102.

وإن قال: كل امرأة أتزوجها، فهي عليّ كظهر أمي؛ لزمه، بخلاف الطلاق؛ إذ له المخرج بالكفارة، وكفارة واحدة تجزئه لكل من نكح.

وإن قال لزوجته: إن دخلت الدار؛ فأنت عليّ كظهر أمي، فلم تدخل حتى بانت منه، ثم دخلتها، ثم تزوجها؛ فإنه إن دخلتها بعدالتزويج؛ لزمه الظهار، إلا أن تكون بانت أولاً منه[1] بالبتات؛ فلا يلزمه ذلك ولو[2] أنه قبل أن يفارقها حنث بدخولها، أو إنما[3] يظاهر منها بغير[4] اليمين[5]، ثم أبتها قبل أن يكفر، فإن نكحها بعد زوج؛ لم يطأها حتى يكفر[6].

وإن تظاهر من أجنبية؛ لم يلزمه، إلا أن يقول: إن تزوجتك، أو ينويه وإن آلى منها؛ لزمه بخلاف الظهار[7].

وإن قال لها: إن تزوجتك؛ فأنت عليّ كظهر أمي، ووالله لا أقربك؛ لزمه إن نكحها الظهار والإيلاء؛ لا نبالي بما بدأ في لفظه، كما يلزمه ذلك في التي في عصمته[8].

---

(1) قوله: (منه) ساقط من (ق).

(2) قوله: (ولو) زيادة من (ق).

(3) وفي (ف1): (وإنما).

(4) في (م): (بعد).

(5) في (ق): (يمين).

(6) انظر: المدونة: 5/98 و99.

(7) انظر: المدونة: 5/157 و158.

(8) انظر: المدونة: 5/102.

في وجوب الكفارة وأحكامها، ودخول الإيلاء، وأحكامه[1] بتركها ومن ظاهر من جماعة نساء، أو كرر الظهار وكيف يكفر؟

قال الله سبحانه: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [سورة المجادلة آية: 3]، فإذاً[2] أوجب الكفارة بعد العودة، ومعنى العودة -فيما قاله كثير من التابعين- إرادة الوطء، وليس الوطء؛ لأن الله تبارك وتعالى منع منه قبل الكفارة بقوله: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [سورة المجادلة آية: 3]، فإذا نوى عودة الجماع كفّر، ولو كفّر قبل مراده لذلك؛لم يجزه وإن أراده بعد الكفارة.

ولو تظاهر منها ثم طلقها -يريد: طلاقاً بائناً- ثم كفّر، ثم تزوجها، أو حلف بظهار امرأة[3] إن تزوجها فكفّر، ثم تزوجها؛ لم يجزئه إذ[4] كفّر قبل نية العودة، ولا ينوي ذلك فيمن ليست في عصمته، ولا يكفر قبل حنثه.

ولا يطأ المتظاهر حتى يكفّر، وبعد تمام الكفارة؛ [(م: 154/أ)] من صوم أو غيره، ويمنعه السلطان إن[5] خاصمته ويؤدبه إن أراد ذلك، ولا يتلذذ منها ولا ينظر إلى[6] شعرها، وينظر إلى وجهها وقد ينظر غيره إليه، وإن كان يُؤمَن كانت معه في بيت[7]. وإن جهل فوطئ قبل الكفارة؛ أمسك حتى يكفّر، ولو مات[8] بعد ذلك أو طلقها[9]، أو مات عنها؛ لكانت الكفارة لازمة له[10] بوطئه أولاً؛ كان وطؤه ناسياً أو

---

(1) قوله: (وأحكامه) زيادة من (م).

(2) في (ق): (فإنما).

(3) في (م): (امرأته).

(4) في (ق1، ت): (إذا).

(5) في (ف1): (إذا).

(6) قوله: (إلى) زيادة من (ف2).

(7) انظر: المدونة: 102/5و 103.

(8) في (ق): (ماتت).

(9) قوله: (أو طلقها) زيادة من (ق).

(10) قوله: (له) ساقط من (ق).

عامداً، ولو لم يكن وطئ؛ لم تلزمه إلا أن ينكح المطلقة يوماً.

وكذلك لو طلق بعد أن أخذ في الكفارة؛ لم يلزمه إتمامها[1].

قال ابن نافع: إن أتمها؛ أجزأه، إذا أراد العودة قبل الطلاق[2].

وروى أشهب عن مالك، وقاله عبد العزيز بن أبي سلمة: إذا نوى العودة ثم ماتت أو طلق؛ فقد لزمته الكفارة.

وروى ابن القاسم خلافه؛ أنه إن أجمع على إمساكها- يريد: الوطء-، ثم أخذ في الكفارة، ثم فارق أو ماتت قبل تمامها؛ أنه لا شيء عليه.

إلا أن يتزوج الحية؛ فعليه الصيام من أوله.

ورواه- أيضاً- أشهب: ولو كان إطعام[3]؛ فقال أصبغ: هي عليه، وقال أشهب: يبتدئ[4].

قال ابن القاسم: وكفارة الظهار في الملك والنكاح سواء.

والكفارة في الزوجة المسلمة أو الكتابية سواء[5].

وإذا امتنع من الكفارة في الزوجة كان مضاراً، أو[6] دخل الإيلاء عليه؛ ومن ضرره أن يَدَعَها وهو قادر عليها، وإن[7] كفّر؛ زال حكم الإيلاء عنه وإن لم يطأ، وإذا تبين ضرره؛ وُقِفَ بعد أربعة أشهر من يوم التظاهر؛ فكفّر أو طلق.

وإن كان من أهل الصوم، فمضت أربعة أشهر، ولم يصم؛ فلها إيقافه.

قال غيره: لا توقف إلا بعد ضرب السلطان له الأجل بعد أن يتبين ضرره، وهذا أحسن، وكلٌ لمالك؛ لأنه إنما يدخل الإيلاء عليه إذا كان مضاراً[8].

---

(1) في (ق): (تمامها).

(2) انظر: المدونة: 5/132.

(3) في (ق): (إطعاماً).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 5/297.

(5) انظر: المدونة: 5/100.

(6) قوله: (أو) ساقط من (ق).

(7) في (ق): (فإن).

(8) انظر: المدونة: 5/103، وما بعدها.

وإذا وقف بعد الأربعة الأشهر[1]، فقال[2]: أنا أفيء؛ لم ينفعه ذلك.

لأن فيئته[3] الكفارة هٰهنا؛ إذ هو بالظهار ممنوع من الوطء؛ قبل الكفارة.

وإن[4] قال: أنا أكفر بصوم أو بغيره؛ اختبرته المرتين والثلاث فإن لم يأخذ في ذلك؛ فهو مضار فيطلق[5] عليه.

والمولي بالله تكون فيئته بالوطء[6]، وإن كفّر قبل الوطء؛ أَجْزَأه وزال عنه[7] إيلاؤه عند ابن القاسم.

والكفارة له بعد الوطء أحسن.

ولو كان في سجن، أو غائب، أو مريض؛ لم يكن قوله: أنا أفيء؛ يجزئه، ولكنه إن كفّر؛ زال إيلاؤه[8].

وقيل: إن قال: أنا أُكفّر[9] بلفظه؛ أجزأه، وهذا أعدل للعذر المانع، ثم إذا أمكنه الوطء؛ فلم[10] يطأ؛ طُلِّق عليه إذا لم يكن كفّر، وهذا بعضه من كتاب الإيلاء[11].

وإن قال: إن وطئتك فأنت عليّ كظهر أمي؛ فالأجل فيه من يوم حلف، فإن وطئ؛ زال إيلاؤه عنه[12] ولزمه الظهار، فإن تبين ضرره؛ دخل عليه إيلاء ثان كما ذكرنا[13].

---

(1) في (ق): (أشهر).

(2) في (ق): (وقال).

(3) في (م): (فيئه).

(4) قوله: (وإن) زيادة من (ق).

(5) في (ق): (ويطلق).

(6)انظر: المدونة: 5/154.

(7) قوله: (عنه) ساقط من (ق).

(8) انظر: المدونة: 5/106 و107.

(9) قوله: (أنا أكفر) يقابله في (ق): (نكفر).

(10) في (م): (ولم).

(11) انظر: المدونة: 5/271.

(12) قوله: (عنه) ساقط من (ق).

(13) انظر: المدونة: 5/153.

وإن كرر الظهار في زوجته؛ أجزأته كفارة واحدة، وإن أراد [(م: 154/ب)] ثلاثة[1] ظهارات، إلا أن يريد[2] ثلاث كفارات؛ فتلزمه[3]، كاليمين بالله[4].

محمد: وكذلك لو كرر الظهار في وقت بعد وقت؛ فكفارة واحدة تجزئه[5].

ولو أخذ في الكفارة عن الظهار، ثم قال لها: أنت عليّ كظهر أمي؛ فليبتدئ من الآن كفارة واحدة وتجزئه.

وقيل: بل يتم الأولى، ويبتدئ كفارة ثانية.

قال محمد: وهذا أحب إليّ؛ إن كان لم يبق من الأولى إلا اليسير، ولو ذهب منها اليسير، ثم حنث بظهار ثان[6]؛ فإنه يتمه وتجزئه لهما جميعاً[7].

قال أصبغ في المستخرجة: وسواء مضى أكثر الكفارة، أو أقلها؛ فإنها تجزئه[8] أن يبتدئ الكفارة عن الظهارين إذا كان نوعاً واحداً، أو كان الأول بيمين[9] حنث[10] بها، والثاني قولاً[11] بغير يمين؛ فهو كالتوكيد، ولو كان الأول قولاً[12] بغير يمين، والثاني بيمين حنث فيها؛ فيتم[13] الكفارة الأولى، ويبتدئ كفارة ثانية[14].

---

(1) في (ق): (ثلاث).

(2) قوله: (أن يريد) يقابله في (قروين): (إن أراد).

(3) في (ق): (فيلزمه).

(4) انظر: المدونة: 5/93.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 4/11.

(6) في (م): (ثانى).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 5/294.

(8) قوله: (فإنها تجزئه) يقابله في (ق): (فإنه يجزئه).

(9) في (ف1): (يميناً).

(10) في (القرويين): (حلف)، وغير مقروءة في (ف1).

(11) قوله: (قولا) ساقط من (ق).

(12) في (ق): (قول).

(13) في (ق): (فليتم).

(14) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 5/198و199، والنوادر والزيادات: 5/294 و295.

ولو حلف بالظهار إن دخل هذه الدار، ثم يحلف[1] به إن كلّم فلاناً؛ فلكل ما حنث به[2] كفارة، بخلاف ما لو جمعهما في ظهار واحد.

ولو قال: لأربع نسوة إن تزوجتكن؛ فأنتن عليّ كظهر أمي، فتزوج إحداهن؛ لم يقربها حتى يكفّر، ثم قد سقطت عنه اليمين في بقيتهن، فإن لم يكفر ولم يطأ حتى تزوج أخرى، أو[3] قد ماتت الأولى أو طلقها؛ لم يقرب الثانية حتى يكفّر.

ولو كان وطئ الأولى[4]؛ لزمته الكفارة، ولكن لا يطأ البواقي حتى يكفر[5].

ولو قال: من تزوجت منكن؛ فكل واحدة يتزوجها منهن فعليه فيها كفارة عن كل واحدة منهن.

وكذلك قوله: لنسائه: من دخلت منكن الدار فهي عليّ كظهر أمي فدخلن أو بعضهن فكفارة عن كل واحدة منهن[6]، وكذلك أيتكن كلّمتها، فإن كلّم واحدة منهن؛ لزمته كفارة، ولم يلزمه في من لم يكلّم شيء، حتى يكلّمهن، وله وطؤهن قبل أن يكلّمهن[7].

قال محمد: وكذلك من تزوجتُ[8] من النساء؛ فهي عليّ كظهر أمي؛ فلكل من تزوج كفارة، بخلاف قوله: كل امرأة أتزوجها؛ فهي عليّ كظهر أمي[9]، هذا يجزئه كفارة واحدة[10].

---

(1) في (ق): (حلف).

(2) قوله: (حنث به) يقابله في (القرويين): (حلف فيه).

(3) في (ق): (و).

(4) قوله: (لم يقرب الثانية حتى يكفر... الأولى) ساقط من (ق).

(5) انظر: المدونة: 5/94، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 2/262 و263.

(6) قوله: (الدار فهي عليّ كظهر أم فدخلن أو بعضهن... منهن) زيادة من (ق).

(7) انظر: المدونة: 5/97، وتهذيب البراذعي: 2/263.

(8) في (ق): (تزوج).

(9) قوله: (فلكل من تزوج كفارة، بخلاف قوله... أمي) ساقط من (ق).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 5/295.

عياض: وقد فرّق القاضي عياض بين الأسلوبين، قائلاً: (... وفي كتاب محمد فرّق بين: كل امرأة

قال ابن القاسم: وإن قال: كل امرأة أتزوجها؛ فهي على كظهر أمي؛ لزمه ذلك، وكفارة واحدة تجزئه في ذلك كله[1].

وإن قال لأربع نسوة: أنتن علي كظهر أمي؛ أجزأته كفارة واحدة عنهن، كمن جمع أشياء في يمين واحدة، ورويَ ذلك عن عمر بن الخطاب وغيره[2].

فإن وطئ إحداهن؛ لزمته الكفارة فيهن، فإن صام فنوى بصيامه التي وطئ، أدخل[3] الباقيات في نيته، أو نسيهن؛ فذلك يجزئه عنهن.

ولو جامع ليلاً في صيامه غير التي نواها بالصيام؛ ابتدأ إلا أن[4] صومه يجزئ عن جميعهن، كالحالف بالله في أشياء يحنث[5] بفعل أحدها؛ فكفارته تجزئه عن جميعها.

وإن نوى بالكفارة الشيء الذي حنث به ناسياً لباقيها، أو ذاكراً، وكذلك لو كفّر قبل حنثه في اليمين بالله في قول مَن لم يَكْره الكفارة قبل الحنث ينوي أحدها؛ أجزأه.

وإن[6] كانت الكفارة بعد [(م: 155/أ)] الحنث في غير الظهار أحبُّ إليْنا[7].

= أتزوجها، وبين: من تزوجت منكن من النساء، فجعل مَنْ وأيّاً بمعنى التعيين والتخصيص وألزم الكفارة في كل من تزوج منهن، ولم يجعل ذلك في قوله: كل وإن كانت كل ومن وأي من ألفاظ العموم، لكن فرق بينهم هنا عنده أن من وأيا إنما كانتا من صيغ العموم لإبهامهما واشتمالهما على الآحاد بغير تخصيص ولا تعيين فأفادتا العموم من هذا الوجه؛ لا من مقتضى نفس صيغتها كمقتضى لفظة كل وأجمع، فلما كانت من وأي إنما تقع على الآحاد لزمت في كل وجه كفارة، ولم يلزم ذلك في كل؛ إذ هي بنفسها ووضعها للاستغراق، فكانت كاليمين على فعل أشياء يحنث بفعل أحدها). اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1130 و1131.

(1) انظر: المدونة: 5/98.

(2) انظر: المدونة: 5/93 و94.

(3) في (القرويين): (وأدخل).

(4) قوله: (إلا أن) يقابله في (ق): (الآن).

(5) قوله: (يحنث) ساقط من (ق).

(6) في (ق): (فإن).

(7) انظر: المدونة: 5/137، وتهذيب البراذعي: 2/285.

وإن تظاهر منهن في غير كلمة واحدة، أو[1] في مجالس شتى، أو أفرد خطابه بالظهار لكل واحدة، أو قاله لواحدة، ثم قال للثانية: أنت عليّ مثلها، وللثالثة كذلك وللرابعة؛ بأربع[2] كفارات، كالحالف على أشياء متفرقة[3]؛ فأفرد لكل شيء يميناً[4]، وإن أعتق عنهن أربع رقاب ؛ أجزأه، وإن لم يعين التي أعتق عن كل واحدة.

وكذلك ثلاث عن ثلاث منهن، غير معينات إلا أنه لا يطأها هنا واحدة[5] من الأربع حتى يعتق رقبة رابعة[6].

ولو ماتت واحدة أو طلقها؛ فلا يطأ من البواقي أحداً حتى يعتق رقبة؛ إذ لم يعين اللواتي أعتق لهن[7].

وإن أعتق ثلاث رقاب عن الأربع[8]، استأنف عتق أربعة[9] رقاب لأنه أشركهن في كل رقبة ولا يجزئه هٰهنا عتق رقبة[10] رابعة؛ ماتت منهن واحدة أو طلقها أو لم يطلقها[11].

والجواب في تظاهره من امرأتين، وعتقه عنهما أم[12] عن إحداهما[13]، كالجواب في الأربع.

---

(1) في (ف1): (و).
(2) في (ق): (فأربع).
(3) في (ق): (مفترقة).
(4) انظر: المدونة: 5/92، وتهذيب البراذعي: 2/261.
(5) في (ق): (احدة).
(6) انظر: المدونة: 5/135، وتهذيب البراذعي: 2/283.
(7) انظر: المدونة: 5/135، وتهذيب البراذعي: 2/283 و284.
(8) في (ق): (الأربعة).
(9) في (ق): (أربع).
(10) في (ق): (ربعة).
(11) انظر: المدونة: 5/136، وتهذيب البراذعي: 2/284.
(12) في (ق): (أو).
(13) في (ق): (أحدهما).

ولو صام ثمانية أشهر عن الأربع، ينوي الكفارة عن كل[1] واحدة منهن لم يعينها؛ أجزأه.

وكذلك الإطعام، فإن شركهن في كل يوم من الصيام، أو في كل مسكين في الإطعام؛ لم يجزئه ويأتنف الكفارة عن جميعهن.

ولو أطعم عن جميعهن عشرين ومائة مسكيناً[2]، ولم ينو ما لكل واحدة من ذلك، إلا أنه لم يشركهن في كل مسكين؛ أجزأه أن يتم تمام أربع كفارات على ذلك.

وإن ماتت قبل ذلك واحدة؛ ألغينا ما نابها مما أطعم قبل موتها، ثم أتم على ما بقي ثلاث كفارات، ولا بأس أن يطعم عن واحدة من الأربع، اليوم عشرة[3] مساكين وفي غد عن هذه عشرين وبعد ذلك عن أخرى ثلاثين، ثم تتم كفارة كل واحدة، فيجزئه[4] وإن كان ذلك مفترقاً[5][6].

صفة كفارة الظهار، وجامع أحكامها

قال الله جل ثناؤه: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [سورة المجادلة آية: 3]، إلى قوله: ﴿سِتِّينَ مِسۡكِينٗاۚ﴾ [سورة المجادلة آية: 4]، فالمظاهر الواحد[7] لا يجزئه إلا عتق رقبة، فإن لم يملك إلا رقبة، أو داراً لا فضل فيها، أو عرض[8] ثمن رقبة؛ لم يجزئه إلا العتق.

وإن ظاهر من أمة ليس له غيرها؛ لم يجزئه الصوم، وأجزأه عتقها، فمن لم يجد رقبة؛ صام شهرين متتابعين.

فمن لم يستطع؛ أطعم ستين مسكيناً، وذلك الشبع؛ لأن الله لم يستثن الوسط، كما

(1) قوله: (الكفارة عن كل) يقابله في (ق): (كفارة لكل).
(2) في (ق): (مسكين).
(3) في (ق): (عشر).
(4) في (ق): (مجزئه).
(5) انظر: المدونة: 136/5، وتهذيب البراذعي: 284/2 و285.
(6) في (ق): (مفترق).
(7) في (ق): (الواجد).
(8) في (ق): (عرضا).

ذكر في كفارة اليمين، ومدان إلا ثلث بمد النبي ﷺ عدل من الشبع وهو عيار مد هشام، فمن أخرج به؛ أجزأه عنه[1].

وروى ابن وهب ومطرف عن مالك مُدَّين لكل مسكين بمد النبي عليه السلام في الظهار[2]، وروى البغداديون أن مد هشام؛ مدان بمد النبي ﷺ[3].

وقالوا: لما أبهم الله كفارة الظهار وفدية الأذى، فلم[4] يذكر فيهما [(م: 155/ب)] وسطاً، ونص الرسول عليه السلام: «**مدين في فدية الأذى**»[5]؛ كان الظهار مثله، والله أعلم[6].

قال ابن القاسم: وفدية الأذى مدان لكل مسكين؛ ستة، وأما سائر الكفارات؛ فمدّ لكل مسكين، وكذلك في جزاء الصيد[7].

قال سحنون: أما[8] كفارة قتل النفس؛ فلا إطعام فيها[9].

وقوله: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً﴾ [سورة النساء آية: 25]، يقول: لكبر أو ضعف، وإن كان صحيحاً.

ومن الناس من لا يقوى على الصوم[10]، وهو صحيح.

---

(1) قوله: (عنه) ساقط من (ف1)، وانظر المسألة في: المدونة: 5/116 و117.

(2) قوله: (في الظهار) ساقط من (ف1).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 5/307.

(4) في (القرويين): (ولم).

(5) صحيح: أخرجه مالك: 1/417، في باب فدية من حلق قبل أن ينحر، من كتاب الحج، برقم: (937)، والنسائي: 5/194، في باب في المحرم يؤذيه القمل في رأسه، من كتاب مناسك الحج، برقم: (2851)، وأحمد: 4/241، في مسند الكوفيين، من حديث كعب بن عجرة، برقم: (18131).

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/20.

(7) انظر: المدونة: 5/139.

(8) في (ف1): (فأما).

(9) قوله: (فيها) ساقط من (ق).

(10) قوله (على الصوم) يقابله في (ف1): (يصوم).

وإن ظاهر[1] المريض، فإن رجيت صحته؛ انتظر ليصوم إن[2] لم يجد رقبة، فإن طال به وخيف من اتصاله، واحتاج إلى أهله؛ أطعم.

وقال غيره: إذا طال مرضه واحتاج إلى أهله؛ أطعم[3]، وإن رجي برؤه[4].

وإن مرض في صومه، فإنه إذا صح؛ بنى على صومه، فإن[5] تمادى مرضه أربعة أشهر؛ فليس بمول؛ إذ ليس بمضار للمرض إلا أن يوئَس من صحته فليطعم.

قال غيره: إذا مرض صار من أهل الإطعام.

ومن صام شهراً، أو[6] أطعم ثلاثين مسكيناً، أو أعتق نصف رقبة مع صوم شهر، أو مع نصف الإطعام؛ لم يجزئه[7].

وإن تظاهر معسر ثم أيسر؛ لم يجزه الصوم. فإن أعسر قبل أن يكفّر؛ صام وإنما ينظر إلى يوم يكفر.

ولو جامعها في عدمه، فلم يصم حتى أيسر؛ فليعتق.

ولو أيسر بعد أن أخذ في صوم، أو إطعام، فإن كان بعد صوم اليومين، ونحوهما؛ أحببت له[8] أن يعتق، ولم أوجبه، وإن كان أكثر من ذلك[9]. قال في باب آخر: بعد أيام لها عدد تمادى، وكذلك الإطعام، وكذلك في صوم كفارة القتل[10].

قال مالك: ليس على العبد إلا الصوم في كفارة[11] الظهار ولا يطعم، وإن أذن له

---

(1) في (ق): (تظاهر).

(2) في (ف1): (وإن).

(3) قوله: (قال غيره: إذا طال مرضه واحتاج إلى أهله؛ أطعم) ساقط من (ق).

(4) انظر: المدونة: 5/134.

(5) في (ف1): (وإن).

(6) في (ق): (و).

(7) انظر: المدونة: 5/114 و115، وتهذيب البراذعي: 2/273 و274.

(8) قوله: (له) ساقط من (ق).

(9) انظر: المدونة: 5/109 و110.

(10) انظر: المدونة: 5/138و139، وتهذيب البراذعي: 2/268و 269.

(11) قوله: (كفارة) ساقط من (ف1).

سيده، والصوم له أحب إلي.

قال[1] ابن القاسم: بل هو الواجب عليه، ولا يطعم من قدر أن يصوم، وأما العتق؛ فلا يجزئه، وإن أذن له سيده[2] من ظهار ولا غيره.

مالك: إن أذن له أن يطعم في اليمين بالله؛ أجزأه، وفي قلبي منه شيء.

ابن القاسم: بل يجزئه، وكذلك سائر أيمانه، كأجنبي كفّر عنه[3].

ومن أكل في صوم ظهاره[4] ناسياً، أو بمرض، أو تقيأ، أو أُكره على الفطر، أو ظن أن[5] الشمس قد غابت؛ فأكل، أو أكل بعد الفجر ولم يعلم؛ فليقض ويصل قضاءه، فإن لم يصل؛ ابتدأ الكفارة، وكذلك إن وطئ غيرها نهاراً ناسياً.

وكذلك إن لم يكن[6] في صوم قتلِ[7] نفسٍ، أو في نذر متتابع، وله أن يطأ غير التي تظاهر منها في خلال الكفارة ليلاً في الصوم، أو نهاراً في الإطعام؛ كانت الموطوءة زوجةً أو أمة.

وإن وطئ التي تظاهر منها في خلال الكفارة[8] ليلاً، أو نهاراً[9] أولَ صومه، أو في آخره ناسياً، أو عامداً؛ ابتدأ.

وكذلك حكم الطعام[10]، وإن لم ينو إلا مسكيناً واحداً لقوله سبحانه: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [سورة المجادلة آية: 3]، وكذلك من[11] وطئ في الحج ناسياً؛ فعليه الحج قابلاً

---

(1) في (ف1): (فقال).

(2) في (م) و(ق): (السيد).

(3) انظر: المدونة: 5/110.

(4) في (م) (من ظهاره).

(5) قوله: (أن) ساقط من (ق).

(6) في (ق): (يصل).

(7) في (ق): (لقتل).

(8) قوله: (خلال الكفارة) ساقط من (ف1).

(9) قوله: (خلال الكفارة ليلا، أو نهارا) يقابله في (ق): (ليل أو نهار).

(10) قوله: (الطعام) ساقط من (ق).

(11) في (ق): (إن).

مع إتمام حجته[1].

قال ابن الماجشون: إن قبّل التي تظاهر منها، أو باشرها ناسياً، أو عامداً في ليل أو نهار في صومه؛ فهو كالمعتكف، وهو يقطع التتابع.

واختلف فيه قول سحنون[2].

وقال أصبغ: لا شيء [(م: 156/أ)] عليه[3].

وإذا صام لظهاره، ثم مرض، فأفطر يوماً بعد قوته على الصوم[4]؛ ابتدأ، ولو صام لظهار، أو قتل[5] نفس ذا القعدة وذا الحجة؛ لم يجزئه.

قال مالك: إلا مَنْ فعله مِنْ جهالة[6]، فعسى - يريد: أن يجزئه[7]، ويقضي أيام النحر التي يفطر ويصلها[8] -، وليس بالبين، وأحب إلي أن يبتدئ[9].

قال[10] سحنون: لا يجزئه[11].

وإن صام شعبان ورمضان وينوي بهما لظهاره؛ لم يجزئه صوم[12] رمضان؛ لفرضه، ولا لظهاره.

ومن سافر شهري ظهاره؛ فمرض فأفطر، قال مالك: فلو أيقنت أن ذلك لغير حر أو برد أهاجه[13] السفر؛ لأجزأه البناء، ولكن أخاف[14].

---

(1) انظر: المدونة: 112/5 و113، وتهذيب البراذعي: 272/2.
(2) انظر: النوادر والزيادات: 301/5.
(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 201/5.
(4) في (ق): (الصيام).
(5) في (ق): (لقتل).
(6) قوله: (من جهالة) يقابله في (ق): (بجهالة).
(7) قوله: (أن يجزئه) ساقط من (م) و(ق).
(8) في (م): (ويصليها).
(9) في (م): (يبتدأ)، وانظر المسألة في: المدونة: 130/5 و131.
(10) قوله: (قال) زيادة من (ف1).
(11) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1153.
(12) قوله: (صوم) ساقط من (ف1).
(13) في (ف1): (هاجه).
(14) انظر: المدونة: 131/5، وتهذيب البراذعي: 282/2.

قال سحنون: يجزئه، وفي سماع أشهب: يبتدئ.

قال[1] مالك في الموطأ: ليس له أن يسافر فيفطر[2]، ولا يفطر من لزمه شهران متتابعان في كتاب الله إلا لمرض أو امرأة تحيض[3].

ومَنْ فرضُه الإطعام؛ فليطعم حنطة، فإن كان جلُّ عيش بلده تمراً، أو شعيراً؛ أطعم منه عدل شبع مد هشام.

قال: ولا يغدى ويعشى، وما سمعت ذلك في الظهار، ولا أرى الغداء والعشاء يبلغ مداً بالهشامي[4].

ولا ينبغي ذلك في الظهار، وفدية الأذى، ويجزئ في سواهما[5] من الكفارات، ويكون مع الخبز إدام، فإن[6] كان الخبز وحده؛ ففيه عدل ما يخرج من الحب؛ أجزأه[7]، ولا يجزئ دقيق، أو سويق، أو عرض، أو دراهم فيها وفاء لقيمته في شيء من الكفارات.

وإن أطعم في الظهار ثلاثين مسكيناً ستين مداً بالهشامي[8] مدين لكل مسكين، أطعم ثلاثين مسكيناً سواهم مداً مداً[9].

وقال[10] ابن الماجشون: إن غدَّى، أو عشّى في الظهار؛ أجزأه[11].

---

(1) في (ف2): (وقال).

(2) في (ق): (ويفطر).

(3) انظر: الموطأ: 1/301، والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 2/61.

(4) قوله: (قال: ولا يغدى ويعشى، وما سمعت ذلك في الظهار... بالهاشمي) ساقط من (ق)، وانظر المسألة في: المدونة: 5/116 و117.

(5) في (القرويين): (غيرهما).

(6) في (ق): (وإن).

(7) في (ق): (أجزأ).

(8) في (ف1): (بالهاشمي).

(9) انظر: المدونة: 5/116، وما بعدها.

(10) في (ق): (قال).

(11) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 2348.

قال ابن القاسم: إن أطعم نصف مد لكل مسكين حتى أتم ستين مداً؛ زاد ستين منهم نصف مد لكل واحد، ولا يجزئه إعطاء ذلك لغيرهم، وكذلك سائر الكفارات[1].

ولو أطعم ثلاثين مسكيناً حنطة، ثم صار عيش البلد الشعير، أو خرج[2] إلى بلد هو عيشهم، أو التمر؛ أطعم من ذلك ثلاثين مسكيناً، وكذلك الكفارات.

وإن أطعم ثلاثين ثم لم يجد غيرهم؛ بعث إلى بلد آخر، وإن أطعمهم في غد البقية؛ لم يجزئه إلا نصف الكفارة.

قال مالك: وإذا أعطى اليوم مساكين عن أحد يمينيه، ثم لم يجد في غدٍ[3] غيرهم؛ فلا[4] يعجبني أن يعطيهم عن اليمين الأخرى؛ كانت كاليمين الأولى، أو مخالفة لها، كيمين بالله مع ظهار، أو نحوه[5].

وذكر ابن المواز أنّ ابن القاسم قال: فإن فعل؛ أجزأه إن لم يجد غيرهم.

قال يونس بن عبيد: فيمن أطعم عن إحدى يمينيه اليوم[6] مساكين، فأكره أن يعطيهم في غد عن يمينه الأخرى، إلا أن يكون حدثت عليه اليمين الثانية؛ فليعطهم إن شاء.

قال ابن القاسم: ولا يطعم في الكفارات غنياً، أو كافراً، أو عبداً[7]، أو أمةً، أو مكاتبةً، أو أم ولد، فإن فعل؛ أعاد، ولا يطعم إلا حراً مسلماً[8].

ويطعم الرضيع إذا أكل الطعام، يعطى ما يعطى[9] الكبير، ولا يطعم قرابته، وإن

---

(1) انظر: المدونة: 5/119.

(2) في (ق): (أخرج).

(3) قوله: (في غدٍ) ساقط من (ق).

(4) في (ف1): (فلم).

(5) انظر: المدونة: 5/119 و120.

(6) قوله: (اليوم) ساقط من (ق).

(7) قوله: (غنيا أو كافرا أو عبد) يقابله في (ف2): (غني أو كافر أو عبد).

(8) في (م): (حر مسلم).

(9) قوله: (يعطى) يقابله في (م): (يعطاه)

لم [(م: 156/ب)] تلزمه نفقتهم، إلا أنه إن أطعم من لا تلزمه نفقته؛ أجزأه إن كانوا محاويج[1].

جامع القول في العتق في الظهار

ولما ذكر الله تعالى في عتق قتل النفس رقبة مؤمنة؛ كان كذلك في الظهار وغيره[2] من الكفارات.

وفي حديث السوداء ما دل على ذلك؛ إذ قال ربها للنبي ﷺ: وعلي رقبة أفأعتقها،- ولم يذكر عن ماذا[3] لزمته فلم يأمره بعتقها حتى سألها- «أين الله، قالت[4]: في السماء، فقال: من أنا، قالت رسول الله ﷺ، فقال له[5] رسول الله ﷺ حينئذ أعتقها» قال في غير[6] حديث مالك: **«فإنها مؤمنة»**[7].

ولا يجوز[8] ذات العيب البين في رقبة ولا في[9] هدي، أو نسك، وقد نهى النبي عليه السلام عن ذات العوار في النسك.

قال ابن القاسم: ولا تجزئ في الظهار، أو غيره من الكفارات إلا رقبة مؤمنة سليمة، ولا يجزئ أقطع اليد، أو أصبع، أو أصبعين، أو الإبهام، أو الإبهامين، أو الأذنين، أو أشل، أو أجذم، أو أبرص، أو أصم، أو مجنون وإن أفاق[10] أحياناً، ولا

---

(1) في (ق): (محاوج)، وانظر المسألة في: المدونة: 5/121و 122، وتهذيب البراذعي: 2/277.

(2) في (ف1): (أو غيره).

(3) في (القرويين): (ما).

(4) في (ق): (فقالت).

(5) قوله: (له) ساقط من (ق).

(6) قوله: (غير) ساقط من (ق).

(7) أخرجه مسلم في صحيحه: 1/381، في باب تحريم الكلام في الصلاة ونسخ ما كان من إباحة، من كتاب المساجد ومواضع الصلاة، برقم: (537)، وحديث مالك أخرجه في المؤطأ: 2/776، في باب ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة، من كتاب العتق والولاء، برقم: (1468).

(8) في (ق): (تجوز).

(9) قوله: (في) زيادة من (ق).

(10) في (ق): (كان يفيق).

أخرس[1] ولا أعمى، ولا مفلوج يابس الشق.

وأجاز غيره[2]: مقطوع الأصبع الواحد أو من به برص خفيف، ولا يعجبني الخصي في الكفارات، وأجاز مالك الأعور[3]، وقاله النخعي والحسن[4].

محمد: وقال عبد الملك: لا تجزئ[5].

ويجزئ العرج[6] الخفيف، أو العيب الخفيف[7] كجدع في أذن، وقطع[8] أنملة، وطَرَف[9] أصبع؛ فأرجو أن يجزئ في كل الكفارات، وما كان من عيب ينقص نقصاناً فاحشاً، أو ينقص فيما يحتاج إليه من غَنائه،وجزائه؛ لم يجزئ، ويجزئ ما خفَّ من ذلك[10].

ويجزئ الصغير والأعجمي[11] الذي يكره[12] على الإسلام، إذا كان من قِصَر النفقة، ومن صلى وصام أحب إليَّ[13].

قال أبو بكر: يعني: إن الأعجمي أجاب إلى الإسلام[14].

محمد: قال ابن القاسم: يجزئ الأعجمي الذي يجبر[15] على الإسلام، وإن لم يسلم.

---

(1) في (ق): (أخرص).

(2) في (ق): (مالك).

(3) انظر: المدونة: 5/124، وما بعدها.

(4) انظر: المدونة: 5/129.

(5) في (ق): (يجزئ)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 12/505.

(6) في (ق): (العراج).

(7) قوله: (العيب الخفيف) ساقط من (ف1).

(8) في (ق): (أو قطع).

(9) في (ف1): (أو طرف).

(10) انظر: المدونة: 5/126.

(11) في (ف1): (الأعجمي).

(12) في (ق): (يكرهوا).

(13) انظر: المدونة: 5/127، وتهذيب البراذعي: 2/279.

(14) قوله: (قال أبو بكر... إلى الإسلام) ساقط من (ق)، وانظر المسألة في: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1150.

(15) في (م): (يكره).

وقال أشهب: لا يجزئ حتى يجيب إلى الإسلام[1].

وأجاز عتقَ الرضيع عددٌ من التابعين، وأجاز أبو هريرة وابن عمر وغيرُهما عتقَ ولد الزنا في الكفارات[2].

ولا يجزئ المظاهر[3] عتقَ مكاتبه، وإن لم يؤدِ شيئاً من كتابته، ولا مدبره، ولا أم ولده، أو معتق إلى أجل، أو من فيه شيء من الحرية، ولا رقبة يشتريها؛ بشرط العتق عن ظهار[4].

وكذلك من يعتق عليه إذا ملكه؛ فلا يجزئه صار إليه بشراء أو ميراث أو هبة؛ لأنه يعتق عليه، ولا يستقر ملكه عليه[5]، ولا يجزئه إن اشترى عبداً؛ فأعتقه عن ظهاره، وقد كان حلف بحريته إن اشتراه.

وإن اشترى مدبراً، فأعتقه عن ظهاره؛ أجزأه، وأما أم الولد والمكاتب؛ فلا[6]، واختلف في المكاتب[7].

وإن أعتق ما في بطن أمته عن ظهاره؛ لم يجزئه، وتُعْتَق إذا وضعته، وكذلك في غيره من الكفارات في كل ما[8] ذكرنا، [(م: 157/أ)] وإن أعتق عنه رجل بأمره؛ أجزأه، والولاء للمعتق عنه، وإن كان بغير أمره قبل أن يطأ، أو يريد العودة؛ لم يجزئه، وإن كان بعد ذلك ثم رضي بالعتق؛ أجزأه.

وكذلك إن أعتق عن ميت لكفارات؛ لزمته، أو وجبت على حي، فأعتق عنه فبلغه

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 12/507.

(2) انظر: المدونة: 5/129.

(3) في (ف1): (المتظاهر).

(4) في (ق): (ظهاره).

(5) قوله: (عليه) ساقط من (ق).

(6) انظر: المدونة: 3/227.

(7) قوله: (وإن اشترى مدبرا... في المكاتب) ساقط من (ف1) و(ق)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 12/506.

(8) قوله: (في كل ما) يقابله في (ف1): (في ما).

فرضي بذلك.

سحنون: وقد قال- أيضاً- ابن القاسم وغيرُه: لا تجزئه إلا بأمره؛ لأنه عتق لا يرد[1] رضي هذا أو كره، وهو أحسن[2].

وإن أعتق عنه رجل بأمره على مال جعْل له؛ لم يجزئه، وينفذ العتق، وعليه الجعل، وله الولاء، كالمشترَى[3] بشرط العتق عن الظهار؛ يعتق[4].

وإن أعتق عبداً عن ظهاره[5]، واستثنى مالاً في يديه؛ جاز إذا لم يجعل ذلك ديناً عليه؛ إذ له انتزاعه.

مالك: وكذلك من أوصى بعتق رقبة، فوجد الوصي عبداً يباع، وأبى ربه بيعه منه حتى يتعجل من العبد مالاً؛ فذلك جائز[6].

ومن أعتق عبده عن ظهاره، أو غيره من الكفارات على مال يكون ديناً عليه؛ لم يجزئه[7].

وإن أعتق عن ظهاره نصفَ عبد لا يملك سواه، ثم أيسر فابتاع باقيه؛ فأعتقه عن ذلك؛ لم تجزئه[8]؛ لتبعيض العتق ولو لم يكن عليه ظهار؛ كان له ملك باقيه.

ولو أعتق نصفه وهو موسر عن ظهاره، فقُوّم عليه بقيته، ونوى به الظهار؛ لم يجزئه؛ لأنه بالقضاء عتق[9].

---

(1) في (ف1): (يدري).

(2) انظر: المدونة: 5/127 و128.

(3) في (م): (كالمشتراة).

(4) انظر: المدونة: 5/124.

(5) في (ف1): (ظهار).

(6) انظر: المدونة: 5/128.

(7) انظر: المدونة: 5/124.

(8) في (ق): (يجزئه).

(9) انظر: المدونة: 5/122.

وقد تقدم ذكر العتق عن امرأتين، أو عدد نساء.

ورويَ عن ابن القاسم: إن أعتق باقيه قبل أن يقضى عليه؛ أنه يجزئه[1]، وهو شاذ[2].

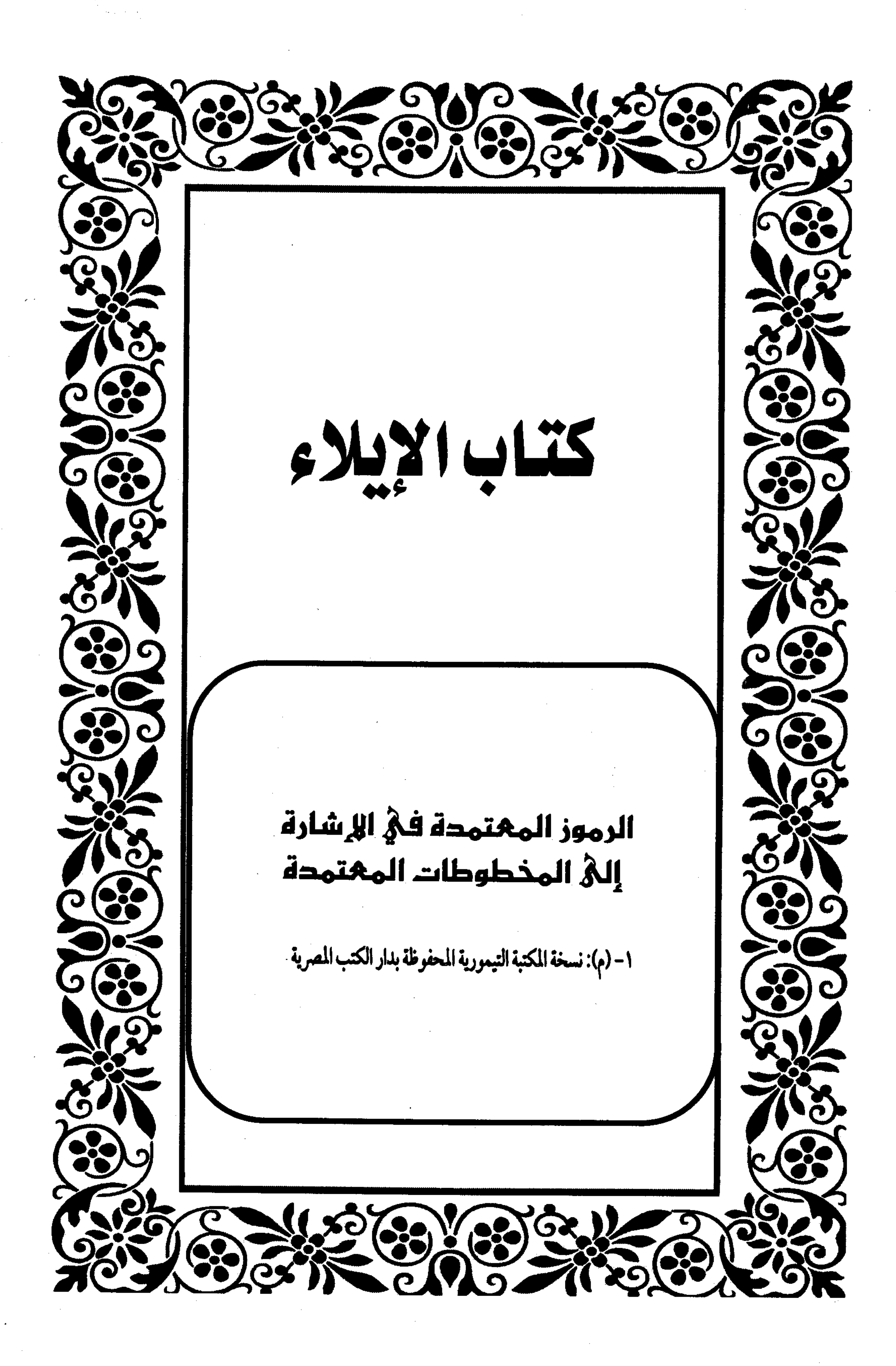
تم كتاب الظهار بحمد الله وحسن عونه[3]



(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/303.

(2) قوله: (وروي عن ابن... وهو شاذ) ساقط من (ف1).

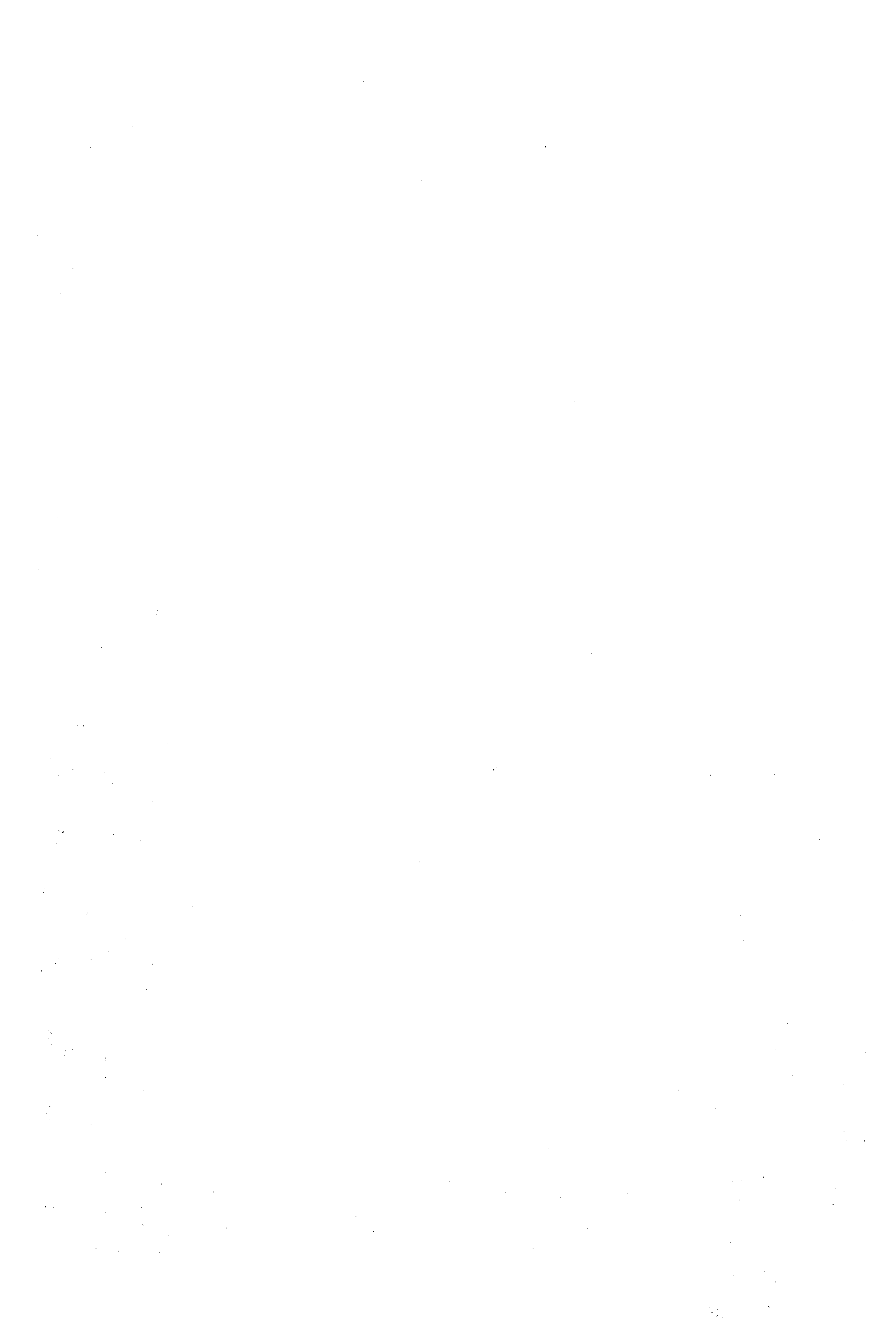
(3) قوله: (بحمد الله وحسن عونه) يقابله في (ف2): (وبه كمل الجزء السادس بحمد الله وعونه يتلوه في أول السادس كتاب الإيلاء إن شاء الله تعالى)، وفي (ف1): (كمل كتاب الظهار والحمد لله على ذلك).



كتاب الإيلاء

الرموز المعتمدة في الإشارة
إلى المخطوطات المعتمدة

١ - (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية.



كتاب الإيلاء[1]

جامع ما يكون به من الأيمان مولياً، وما يكون عليه فيه الإيلاء بالضرر، وضرب الأجل وعودة الإيلاء بعد الطلاق

قال الله سبحانه: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [سورة البقرة آية: 226]، فمن حلف ألا يطأ امرأته بالله، أو باسم من أسمائه، أو بعهد الله وميثاقه، وذمته وكفالته، وعزته وجلاله وقدرته، فما حلف به من ذلك؛ فهو به مُولٍ، أو بنذر لا مخرج له، أو بطلاق، أو بعتق، أو صدقة، أو بنذر [(م: 157/ب)] حج، أو عمرة، أو صلاة، أو صوم، أو هدي، أو ما يلزمه من الأيمان؛ فهذا نفس الإيلاء والأجل فيه؛ أربعة أشهر من يوم حلف للحر، وشهران للعبد؛ كانت زوجة أحدهما أمة، أو كانت حرة مسلمة، أو كتابية.

ولو حلف ألا يطأ أربعة أشهر، أو العبد شهرين؛ فليسا بموليين حتى يزيدا على ذلك.

ومن دخل عليه الإيلاء؛ لضرر، أو غيره، ولم يحلف على ترك الوطء؛ فالأجل فيه من يوم ترفعه مثل أن يقول: إن لم أفعل، أو لأفعلن كذا فأنت طالق؛ فهو على حنث ولا يطأ، فإن رفعته؛ ضرب له الأجل من يوم رفعته.

قال غيره: ذلك إذا بان ضرره.

وأما إن لم يمكنه فعل ما حلف عليه؛ لم أحل بينه وبينها ولا أضرب له الأجل يمكنه ذلك، كقوله: إن لم أحج ولم يؤقت سنة وهو في أول السنة، أو لأخرجن من بلد كذا، ولا يمكنه الآن لخوف طريق ونحوه، فإن أمكنه خروج، أو جاء وقت الحج،

---

(1) الإيلاء: اليمين تقول: آلي فلان إيلاء إذا حلف، وهو رباعي. انظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، للجُبِّي، ص: 89.

فتركه إلى وقت إن خرج لم يدركه؛ صار على حنث ومنع حينئذ الوطء[1].

فإن رفعته ضُرب له الأجل من يوم حلف، فإن فعل ما يبرّ به من الحج إن كان يدركه، أو الخروج إلى البلد قبل الأجل؛ برأه.

وإن جاء الأجل ولم يفعل ما أمكنه من ذلك؛ طلق عليه.

فإن فعل ذلك في العدة؛ فله الرجعة ؛ لأن فيئته هاهنا فعله، وأما في نفس الإيلاء؛ فالوطء فيئة[2].

ابن نافع عن مالك في يمينه إن لم يحج: له الوطء ما بين أول حجه، فإذا جاء إبان بالخروج الذي يدرك فيه من بلده؛ لم يمسها حتى يحج[3].

قال ابن القاسم: ومن الأيمان ما لا يدخلها الإيلاء؛ كالحالف بالطلاق على غيره ليفعلن كذا [ولتهبني][4] مالاً، ولتدخلن داراً، أو على امرأته النصرانية لتسلمنَّ، أو لتفعلن فعلاً؛ فإنه يتلوم له الإمام؛ فإن كان ما حلف عليه في التلوم وإلا طلق عليه.

والتلوم في هذا عليه على قدر ما يرى أنه أراد قيمته[5].

وإنما يدخل الإيلاء في هذا على من حلف ليفعلن هو بنفسه فعلاً يجوز له، فأما إن حلف على معصية، كقوله: أنت طالق لأقتلن فلاناً، ولأشربن خمراً؛ فلا يتلوم في هذا، ويطلّق عليه السلطان مكانه، ويعتق عليه إن كان عتقاً[6].

ربيعة: وكذلك قوله: لأضربن فلاناً؛ إن كان يجب ضربه بحق؛ فيدخل عليها الإيلاء[7].

محمد: من حلف ليحُجّن؛ فلا يمنع من الوطء، حتى يأتي وقت إبان خروجه؛

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي: 2/320.

(2) انظر: المدونة: 5/153، وما بعدها.

(3) انظر: المدونة: 5/156.

(4) ما بين المعكوفين من تهذيب البراذعي.

(5) انظر: المدونة: 5/155، وتهذيب البراذعي: 2/320 و321.

(6) انظر: المدونة: 3/209.

(7) انظر: المدونة: 5/154.

فيُمنع حينئذ[1].

وكذلك من حلف على فعل، أو خروج إلى بلد وذلك لا يمكنه حينئذ؛ لم يكن على حنث حتى يأتيه وقت يمكنه؛ فمن يومئذ يكون على حنث.

وكذلك إن لم يكن لخروجه وقت، إلا أنه يمنعه فيه أمن طريق، أو غلاء كراء؛ فهو عذر.

وكذلك يمينه ليكلّمن فلاناً وهو غائب؛ فلا يوقف حتى يُقدم فلان وإن طالت غيبته، والحالف على الخروج لو أمكنه، فمنع من الوطء؛ لم يرجع عليه وإن جاءه بعد ذلك وقت لا يمكنه؛ لِفَوات ما كان أمكنه؛ [(م: 158/أ)] لم ينفعه، وضرب له أجل المولى إن طلبت ذلك، فإذا حلَّ؛ طُلّق عليه.

قال: والحالف ليحُجّن إذا جاء إمكان وقت خروج الحج؛ منع من الوطء.

وقال عبد الملك: لا يمنع حتى يفوته الوقت ويعلم لو أنه خرج؛ لم يلحق فيمنع حينئذ ويكون مولياً إن رفعته.

وقال أشهب: يمنع من الوطء وقت إمكان الخروج [فإن فاته رجع إلى الوطء حتى] يمكنه الخروج.

وقال ابن القاسم: إذا أمكنه الخروج، فلم يخرج حتى فاته طلق عليه[2].

[...] [...] الأجل في الإيلاء من بعد فوات إمكان الخروج [...][3].

قلت: [فإن تأخر ضرب][4] الأجل بتأخير رفعها، حتى صار يمكنه الخروج [ثانية قال يضرب له الأجل حينئذ لأنه ممن منع][5] الوطء مرة، فإن لم يتم حجه قبل الأربعة الأشهر طلق عليه، والحالف [لا أطؤك حتى أخرج][6] إلى الحج هو من يوم حلف

(1) انظر: النوادر والزيادات: 5/323.

(2) انظر: المدونة: 5/154.

(3) انظر: تهذيب البراذعي: 2/320.

(4) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من الجامع، لابن يونس.

(5) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من الجامع، لابن يونس.

(6) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من الجامع، لابن يونس.

مول، والأجل من يوم يمينه ويطلق عليه [لحلوله][1] إن لم يخرج.

قال ابن شهاب: وإن حلف ليفعلن ما يجوز له إلى أجل؛ لم يخلبينه وبينها، فإن لم يؤجل ضرب له الأجل[2].

و إن قال: والله لا أطأك حتى أمس السماء؛ فهو مول[3].

ومن غير المدونة: وإن قال أنت طالق إلا [...] [...]عليه مكانه.

وإن حلف ألا يطأها حتى [تفطم][4].

وقال علي بن أبي طالب: وإن حلف ألا يطأها سنة فمضت؛ فلا إيلاء [عليه][5].

قال ابن شهاب: وإن حلف ألا يكلمها، وهو في ذلك يمسها؛ فليس بمول.

قال مالك: وليس في الهجران إيلاء[6].

إن حلف ليغضبنها أو ليسوءنها، فترك الوطء؛ فليس بمول[7].

قال: وإن حلف ألا يلتقي معها سنة.

قال: كل يمين بمنع الجماع؛ فهو بها مول، فإن كان هذا يمتنع منه بيمينه؛ فهو مول[8].

ومن النذور: وإن قال: والله لأطلقنك؛ فليس بمول ولا يمتنع من الوطء وإن شاء طلق، أو كفّر، ولا أجبره ولا يحنث إلا بعد الموت[9].

---

(1) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من الجامع، لابن يونس.

(2) انظر: المدونة: 5/155.

(3) انظر: المدونة: 5/143.

(4) في تهذيب البراذعي: 2/318: (تفطم ولدها).

(5) انظر: المدونة: 5/162.

(6) انظر: المدونة: 5/145.

(7) انظر: المدونة: 5/147.

(8) انظر: المدونة: 5/144.

(9) انظر: المدونة: 3/209، وتهذيب البراذعي: 2/101.

ومن الإيلاء: من آلى من صغيرة لا يطأ مثلها؛ لم يؤجل حتى يمكن وطئها؛ فمن يومئذ يضرب له الأجل[1].

ومن ترك وطء زوجته بغير عذر، ولا إيلاء؛ لم يُتْرك؛ فإما وطئ، أو طلق، وكذلك بغضاً[2].

وقد كتب عمر بن عبد العزيز إلى قوم غابوا بخراسان إما أن تقدموا، أو ترحلوا نسائهم إليهم، أو تطلقوا[3].

ومن وطئ امرأته مرة، ثم حدث له ما منعه الوطء؛ فلا حجة لها.

وإن آلى خصي، أو شيخ كبير قد تقدم له فيها وطء، أو آلى الشاب، ثم قطع ذكره؛ لم يوقّفوا، ولا حجة لنسائهم[4].

قال في [العتبية][5]: وإن قطع ذكر المعترض في الأجل؛ فرق بينهما مكانه، وليس كالمولى يقطع ذكره في الأجل ولا حجة لهذه لأنه قد تقدم له وطء[6].

وإن حلف بحرية ما يملك من ذي قبل، أو بصدقته ألا يطأ؛ فليس بمول؛ إذ لما يحنث بيمينه، فإن خص بلداً؛ لم يكن الآن مولياً حتى يملك من ذلك **[(م: 158/ب)]** البلد أمة أو عبداً ومالاً؛ فحينئذ يكون مولياً؛ للزوم الحنث له بالوطء.

قال غيره: فهو مول قبل الملك؛ إذ يلزمه بالوطء في عقد يمين، فيما ملك من رأس أو مال، وقاله ابن القاسم أيضاً[7].

وكل يمين لا يحنث فيها بالوطء فليس بمول.

وإن قال إن وطئت فعليَّ نذر أو يمين أو كفارة يمين؛ فهو مول[8].

---

(1) انظر: المدونة: 5/158 و159.

(2) في تهذيب البراذعي والجامع لابن يونس: (وكذلك يقضي).

(3) انظر: المدونة: 5/168، وتهذيب البراذعي: 2/325 و326.

(4) انظر: المدونة: 5/169.

(5) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من الجامع، لابن يونس.

(6) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 6/381، والنوادر والزيادات: 5/317.

(7) انظر: المدونة: 5/149.

(8) انظر: المدونة: 5/144، وتهذيب البراذعي: 2/315.

محمد: وإن قال: إن وطئتك [فوالله لا أطأك]؛ فليس بمول[1].

وإن قال: [...] لا أطأك حتى [...].

وإن قال: والله لا أطأك في هذه السنة [إلا مرة واحدة، فمضت منها أربعة أشهر ولم يطأ][2] فاختلف فيها قول ابن القاسم، وقال: يوقف إذا مضى من السنة أربعة أشهر [وقال: لا إيلاء عليه حتى يطأ، وقد][3] بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر.

قال ابن القاسم: [ولو قال: إلا مرتين، لم يكن موليا، لأنه إن شاء تركها][4] أربعة أشهر ثم وطئها ثم يتركها أربعة [أشهر ثم وطئها، فلا يبقى من السنة إلا أربعة أشهر][5]، قال أصبغ هو مول، قال محمد: غلط أصبغ رحمه الله[6].

وإن قال: هو زان أو يهودي أو نصراني إن وطئتك؛ فلا إيلاء عليه[7].

وإن حلف بالله لا يطأ واستثنى، فرآه مالك موليا،، ولم يره غيرُه موليا.

ولا يكون مولياً بقوله: أقسم أو أعزم [...] لعمري ليس بيمين[8].

وإن قال: إن جامعتك؛ فعليّ صوم هذا الشهر؛ فليس بمول، إلا أنه إن جامعها فيه صام بقيته، فإن لم يطأها حتى انسلخ؛ فلا شيء عليه.

وإن قال لها: والله لا أطؤك في هذه السنة إلا يوماً؛ لم يلزمه الإيلاء إلا أن يطأ، وقد

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 2383، ونصه: إذا قال: إن وطئتك فوالله لا أطؤك، فقال في كتاب محمد: ليس بمولٍ.

(2) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من عقد الجواهر، لابن شاس.

(3) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من عقد الجواهر، لابن شاس.

(4) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من عقد الجواهر، لابن شاس.

(5) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من عقد الجواهر، لابن شاس.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 5/313، وعقد الجواهر، لابن شاس: 2/546.

(7) انظر: الجامع لابن يونس: (وإن قال لها: إن وطئتك فهو يهودي أو نصراني أو زان، لم يكن مولياً، وليست هذه أيماناً).

(8) في تهذيب البراذعي: (وإن قال لها: أشهد ألا أقربك، أو أعزم على نفسي، أو أقسم، فلا يكون بذلك موليا إلا أن يريد بالله، وقوله أشهد ولعمري ليس بيمين).

بقي منها أكثر من أربعة أشهر واختلف فيها بالمدينة[1].

وإن حلف ألا يتطهر بها جنابة؛ فهو مول؛ إذ لا يقدر على الوطء إلا بالحنث[2].

وإن حلف ألا يطأ إلا [في بلد][3] كذا؛ كان مولياً؛ كان [مسافتها][4] أقلَّ من أربعة أشهر، أو أكثر، فإن وقف بعد الأجل، فقال: دعوني أخرج، فإن كان أمراً قريباً مثل ما يختبر للفيئة؛ فذلك له وإن بعُد طلق عليه، ولا يزاد فيها أحل الله في الإيلاء[5].

وكذلك لو حلف ألا يطأها حتى يكلم فلاناً [أو يقضيه حقه فإن وقف][6] بعد الأجل، وفلان غائب، فقال: أنا أفعل، وأفيء نظر بُعْد الغيبة وقربها.

وإن حلف ألا يطأ حتى أقضي فلاناً حقه[...][7] حتى يقدم أبي أو يموت فلان؛ فهو مول[8]. وإن قال: [إن وطئتك حتى أمسَّ السماء][9] أو نحو ذلك مما لا يقدر عليه فعلي كذا وكذا؛ فهو مول، ولا يوقف قبل الأجل، [ولأن فيئه][10] بعد الأجل [الوطء][11].

وإذا وقف المولي، فقال: نويت ألا أطأها بقدمي؛ لم يقبل منه، وقيل له: إن وطئت

---

(1) انظر: المدونة: 5/150.

(2) انظر: المدونة: 5/142.

(3) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي: 2/323، وموافق لما في المدونة.

(4) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي: 2/323، وموافق لما في المدونة.

(5) انظر: المدونة: 5/163.

(6) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي: 2/323.

(7) بمقدار ثلاث كلمات.

(8) انظر: المدونة: 5/163، وتهذيب البراذعي: 2/323.

(9) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، والمثبت مستفاد من التبصرة، للخمي، ص: 2372.

(10) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي: 2/314.

(11) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي: 2/314.

بان صدقك(1).

وكذلك إن قال: أردت ألا أطأ في هذه الدار، قيل له: فاخرج إن كنت صادقاً، وإن بيَّن، فقال: في دار يسكنها؛ فليس بمول ويأمره السلطان بالخروج منها ليجامع؛ لأني أخاف أن يكون مضاراً، إلا إن تدعه المرأة.

قال: سحنون: فأما إن قال: لا أطأك [(م: 159/أ)] حتى أخرج من هذا البيت، أو المصر؛ فهو مول يضرب له الأجل، كقوله حتى أقضي فلاناً حقه.

وإن حلف ألا يطأها في هذه البلدة فهو مول؛ لأنه يتكلف مؤنة في الانتقال منها فكأنه قال: لا أطأك حتى أخرج(2).

وكذلك يمينه لرجل [لا أطأ ولك علي حق كقوله] حتى أقضيك وهو مول(3).

وإن آلى العبد ثم عتق، وقد بقي من أجل إيلائه شهر؛ فلزوجته إيقافه؛ لتمام أجل العبد، ولا ينتقل إلى أجل الحر [كانت هي حرة أو أمة، إذ لو طلق واحدة ثم أعتق لم ترجع عنده إلا](4) على واحدة.

كما أن[...](5) مولياً؛ إذ يلزمه [...] له شراؤها وإن لم آمره[...] مول نفس الإيلاء -يريد: ولا يقدر على الفيء[...] ترك أن يكفّر، وهو قادر دخل عليه الإيلاء.

ومن ظاهر يدخل عليه الإيلاء بالضرر بذلك أن يقدر على الكفارة فلا يكفّر، فإن مضى له من يوم يظاهر أربعة أشهر وقف.

---

(1) انظر: المدونة: 5/147، وتهذيب البراذعي: 2/316.

(2) انظر: تهذيب البراذعي: 2/316.

(3) انظر: المدونة: 5/148.

(4) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي: 2/327.

(5) في تهذيب البراذعي: 2/327: (كما أن الأمة إذا أعتقت وهي في عدتها من طلاق يملك الزوج الرجعة أم لا تنتقل من عدة الإماء وإن آلى العبد بعتق أو بصدقة كان)، وانظر المسألة في: المدونة: 5/173 و174.

وقال غيره: الأجل فيه من يوم يرفع إلى الإمام(1).

قال في كتاب الظهار: [...] قال: إن وطئتك؛ فأنت طالق ثلاثاً، فقال مالك: فهو مول إذ [لها أن تقيم بلا وطء](2)

[ابن المواز: ورويَ عن مالك](3) وله أن يحنث نفسه بالوطء فيطلق عليه.

وروى أكثر الرواة أنه لا يمكن من الفيء بالوطء لها؛ إذ باقي وطئه حرام.

وروى مالك أن السلطان يطلق عليه حين ترافعه، ولا يضرب له أجل المولي، ولا يمكن من فيئته، وقاله ابن القاسم أول الكتاب: رفعته قبل أربعة أشهر أو بعدها(4).

وروى عنه أبو زيد أنه إذا حل أجل الإيلاء؛ لم يمكن من الوطء ويطلق عليه.

قال ابن المواز: فإن كانت يمينه بواحدة؛ فهو مول، فإن وطئ؛ فلينو [ببقية مصابه](5) الرجعة، [لأنه يحنث](6) بأول الملاقاة(7).

قال ابن القاسم: وإن قال: إن وطئتك؛ فعبدي حر، فإن باعه؛ فله أن يطأ، فإن اشتراه؛ عاد مولياً، ولا يحنث إلا بالوطء وهو في ملكه.

وإن قال: زينب طالق إن وطئتُ عزة، فطلّق زينب واحدة، فإن انقضت العدة؛ فله وطء عزة، ثم إن تزوّج زينب بعد زَوْجٍ أو قبل زَوْجٍ؛ عاد مولياً في عزة، فإن وطئ عزة بعد ذلك؛ حنث، ووقع على زينب طلقتان الآن تمامَ الثلاث، وكذلك لو وطئها في عدة زينب من طلاق واحدة.

ولو طلق زينب ثلاثاً ثم نكحها بعد زوج؛ لم يعد عليه في عزة إيلاء؛ لزوال طلاق ذلك الملك، ولو طلق عزة ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج وزينب عنده؛ عاد مولياً ما بقي

---

(1) انظر: المدونة: 5/105، وتهذيب البراذعي: 2/266 و267.

(2) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وانظر المسألة في: المدونة: 5/143، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي: 2/313، وهي في كتاب الإيلاء، ولم أجدها في الظهار.

(3) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من الجامع لابن يونس.

(4) انظر: المدونة: 5/159، وتهذيب البراذعي: 2/313 و314.

(5) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من الجامع لابن يونس.

(6) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من الجامع لابن يونس.

(7) انظر: النوادر والزيادات: 5/315.

من طلاق زينب شيء، كمن آلى أو ظاهر ثم طلق ثلاثاً ثم [(م: 159/ب)] تزوجها بعد زوج؛ فذلك يعود أبداً عليه حتى يكفّر أو يفيء.

وإن قال: زينب طالق واحدة إن وطئت عزة؛ فطلّق زينب واحدة، ثم وطئ هذه في عدتها، أو بعد أن نكحها ثانية؛ طلقت زينب طلقة أخرى، وإن قال لنسائه الأربع: والله لا وطئتكن أو قال: لا وطئت واحدة منكن، فإن وطئ واحدة؛ حنث فيهن ولا يمين عليه في بقيتهن، ولو ماتت واحدة، أو طلقها قبل حنثه؛ كان على إيلائه ويحنث بوطء من وطئ منهن(1).

وإن حلف بالطلاق ليجلدنَّ عبده جلداً يجوز له، فباعه؛ ضرب له أجل المولي إن رفعه، فإن حلّ قبل إمكان ضربه بشرائه أو [...] ميراث، أو غيره؛ طلقناها عليه.

فإن صار في [العدة فملكه بشيء من ذلك](2) فضربه؛ كان عليه(3) الرجعة، وإن انقضت ولم يملكه؛ بانت منه ثم إن نكحها؛ عاد مولياً ووقف، إلا أن يملكه فيضربه؛ فتزول يمينه.

وقال ابن دينار: ساعة باعه طلقت عليه.

قال ابن دينار: ولو حلف بحريته ليضربنه؛ فباعه قبل الضرب؛ نقضت البيع وأعتقه عليه؛ إذ لا أنقض صفقة مسلم إلا إلى عتق ناجز(4).

وإن آلى من أجنبية؛ لزمه إن نكحها بخلاف الظهار.

وإن قال: إن تزوجتك؛ فأنت طالق ووالله لا أقربك، فإن نكحها؛ طلقت ثم إن نكحها ثانية؛ لزمه الإيلاء، وإن قال: إن تزوجتك؛ فأنت طالق؛ كان مولياً من يوم التزويج(5).

وما حلف به الكافر من إيلاء، أو يمين بالله، أو بظهار، أو عتق، أو طلاق، أو

---

(1) انظر: المدونة: 5/159، وما بعدها.

(2) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) في تهذيب البراذعي: (له).

(4) انظر: المدونة: 5/152، وتهذيب البراذعي: 2/318 و319.

(5) انظر: المدونة: 5/102.

صدقة؛ لم يلزمه إذا أسلم[1].

محمد: قال مالك والليث: من قال: إن لم أطاكِ فأنت طالق؛ فهو مول، وقاله ابن القاسم، ثم رجع، وقال: لا يكون مولياً[2]؛ لأنه ليس عليه يمين بمنعه من الجماع.

في إيقاف المولي وفيئته، والطلاق عليه ورجعته وعودة الإيلاء عليه، وغير ذلك من أحكامه

قال الله سبحانه: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [سورة البقرة آية: 226- 227]، فإن كان الطلاق بحلول الأجل واقعاً ما، قال: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ﴾؛ فلا يقع الفراق بالإيلاء بتمام الأجل حتى يوقفه السلطان، وقاله عمر وعثمان وابن عمر وعائشة وبضعة عشر من الصحابة[3].

قال ابن القاسم: فإذا حل الأجل؛ فإما فاء، أو طلق، أو يُطَلّق الإمام عليه إن امتنع بواحدة، فإن قال: أنا أفيء؛ لم يُعَجّل بالطلاق عليه، واختبره مرة وثانية، فإن تبين كذبه؛ طُلّق عليه.

ولا يفيء بالقبلة والمباشرة واللماس، ولا بالوطء في دون الفرج؛ وفيئته الجماع، إلا أن الكفارة تلزمه بالوطء دون الفرج، إلا أن يكون نوى الفرج[4].

قال في كتاب الرجم في الذي لا نية له: فإن كفّر؛ زال عنه الإيلاءُ[5].

قال في كتاب الإيلاء: وكذلك من حلف بعتق أمته إن وطئها؛ يحنث بالوطء دون الفرج، وتحمل أيمانهم على الاعتزال حتى يخص بنيته الفرج[6].

قال في كتاب الرَّجم: وإن جامع [(م: 160/أ)] المولى في الدبر؛ حنث وزال عنه

(1) انظر: المدونة: 5/174، وتهذيب البراذعي: 2/328.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 5/316.

(3) انظر: المدونة: 5/162.

(4) انظر: المدونة: 5/163، وما بعدها.

(5) انظر: المدونة: 11/92.

(6) انظر: المدونة: 5/165.

الإيلاء، إلا أن يكون نوى الفرج؛ فلا كفارة عليه، وهو مول بحاله، وأحسن للمولي أن يكفّر في اليمين بالله بعد الحنث، وإن كفّر قبل ؛ أجزأه وزال عنه الإيلاء(1).

قال أشهب: لا تزول عنه حتى يطأ؛ إذ لعله: كفّر عن يمين بالله سلفتْ، إلا أن تكون يمينه في شيء بعينه؛ فتزول.

قال ابن القاسم، وغيره: وإذا وقف فعجّل؛ حنث وزال إيلاؤه، مثل أن يحلف ألا يطأها بطلاق امرأة له أخرى(2).

محمد: ثلاثاً، أو بقية الثلاث، أو بعتق عبد له بيمينه، فإن طلق المحلوف بها ثلاثاً، أو بقية الثلاث، أو أعتق العبد، أو حنث فيهما؛ زال عنه الإيلاء.

وكذلك إن حل الأجل وهو مريض، أو مسجون، أو غائب، وكانت يمينه بما ذكرنا، أو بصدقة شيء [بعينه أو](3) بالله؛ وقف المريض أو المسجون وكتب إلى الغائب.

وإن كان ببلدة مسيرة شهر أو شهرين؛ فيوقف أيضاً، فإما عجّلوا الكفارة، أو إيقاع ما ذكرنا من المعينات من عتق أو طلاق أو صدقة، وإلا طلق على كل واحدة التي آلى منها.

وإن قالوا: نحن نفعل؛ اختبروا مرة وثانية، فإن لم يفعلوا؛ طلّق عليهم، وقد قيل في يمينهم بالله: إنهم إن فاؤوا بألسنتهم؛ أجزأهم. وقاله ابن القاسم(4).

ثم إذا أمكنهم الوطء فلم يطؤوا؛ طلق عليهم، ولو كفروا في تلك الحال المتقدمة، ثم أمكنهم الوطء فلم يطؤوا؛ فلا إيلاء عليهم.

وإن آلوا بما لا يكفّر قبل الحنث، أو مما لا ينفع يعجل الحنث فيه قبل الوطء، كاليمين بوطء، أو بعتق عبيد بغير يمينها، أو صدقة غير معينة، أو بمشي، أو بطلاق فيه رجعة فيها، أو في غيرها فالفيئة لهم بالقول حتى يمكنهم الوطء فيطؤوا، أو يطلق

---

(1) انظر: المدونة: 92/11.

(2) انظر: المدونة: 165/5.

(3) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي.

(4) انظر: المدونة: 166/5، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 324/2 و325.

عليهم، وبعض هذا من غير المدونة.

وقال مالك في كتاب الظهار: ومن حلف بعتق رقبة وبغير عينها ألا يطأ فأعتق قبل الوطء؛ أنه يجزئه، وأحبُ إليّ أن يفعل بعد الحنث[1].

وقال ابن المواز: قال هذا، وقال: لا يجزئه إلا في معينة.

وإن وقف المولي وهي حائض، وقال: أنا أفي؛ أمهِل حتى تطهر[2]، فإن قال في الحيض: لا أفيء؛ فرويَ عن مالك: أنها تطلّق عليه[3].

محمد: ويجبر[4]على الرجعة، وروى عنه: أنها لا تطلق عليه حتى تطهر[5].

وإذا طلّق على المولى وقد بنى؛ فله الرجعة في بقية العدة بالوطء، ويتوارثان ما لم ينقضِ، فإن ارتجعتها بالقول؛ فواسعٌ له أن يخلّي وإياها.

فإن لم يطأ حتى دخلت في أول دم الحيض الثالث حلت، ولم تكن تلك رجعة إلا لمعذور[6] بمرض، أو سجن، أو سفر؛ فرجعته رجعة بالقول.

ثم إذا أمكنه الوطء بعد العدة فلم يطأ؛ فرّق بينهما وأجزأتها العدة الأولى إلا أن يكون خلا بها فيها؛ فلتأتنف عدة ثانية وإن قال: لم أطأ[7]، ثم لا رجعة له في هذه العدة، ولو قال: أولاً وطئتها وأنكرت هي؛ فالقول قوله مع يمينه[8].

وإن طلّق على المولي قبل البناء؛ فلا رجعة له، وإن طلق عليه وقد بنى، ثم لم يرتجع [(م: 160/ب)] بالوطء حتى تمت العدة، ثم تزوجها فعاد الإيلاء عليه، وأوقفته لتمام الأجل، فلم يفئ فطلق عليه؛ فإنه لا رجعة له هٰهنا؛ إذ لا عدة له عليها؛ لأنه لم يبن في

---

(1) انظر: المدونة: 5/137.

(2) انظر: المدونة: 5/166.

(3) انظر: المدونة: 5/202.

(4) لعلها: ويجبر، بالراء المهملة، كما في النوادر.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 5/90.

(6) في الأصل: (معذور)، والمثبت من تهذيب البراذعي: 2/327، وموافق لما في المدونة: 5/172، ونصه: إلا أن يكون له عذر من مرض.

(7) قوله: (وإن قال: لم أطأ) ساقط من (تهذيب البراذعي).

(8) انظر: المدونة: 5/172.

النكاح الثاني.

وإن طلق على المولي للأجل وهي مستحاضة، فارتجع ولم يطأ حتى مضت أربعة أشهر ثانية، ولم تتم العدة؛ لأن عدتها سنة؛ فلا يوقف ثانية، ولكنه إن لم يطأ قبل تمام العدة؛ لم تكن رجعته رجعة.

وإذا آلى منها، ثم طلقها واحدة، وهي مدخول بها، فحلّت الأربعة الأشهر قبل تمام العدة؛ وقف، فإن طلق عليه الإمام؛ كانت طلقة أخرى، وإن تمت العدة قبل الأربعة الأشهر؛ فقد بانت منه، فإن نكحها عاد مولياً وقف لأربعة أشهر من يوم نكح، لا لتمام الأجل الأول[1].

والمولي إذا طلّق عليه إذا لم يوقف بكلما نكحها عاد مولياً، وطلقت عليه بعد الإيقاف وإن بعد ثلاث مرات فأكثر ما لم يطأ، أو يكفر كالظهار يعود عليه، وإن أبتها؛ يريد: ما لم يكفر؛ يريد: من تظاهر أو حنث بظهار؛ لا من حلف به ولم يحنث.

وإن آلى إلى أجلٍ بعيد، فطلق عليه لأجل الإيلاء، ثم نكحها بعد العدة، فإن بقي من أجل يمينه أكثر من أربعة أشهر؛ عاد مولياً وإلا لم يعد[2].

وإن طلق واحدة، ثم آلى منها في العدة؛ لزمه الإيقاف، أو لم تنقض العدة حتى حلّتْ الأربعة أشهر من يوم حلف.

محمد: وكذا مع يمينه لا راجعتك؛ فلتوقف، فإن ارتجع؛ وإلا طلق عليه طلقة أخرى، وبنت على عدتها[3].

ولو حلف ألا يطأ ثمانية أشهر، فوقف لأربعة أشهر؛ فطلّق عليه ثم ارتجع، فانقضت الأربعة الأخرى قبل تمام العدة ولم يمس؛ فرجعته رجعة، وإن انقضت العدة قبلها؛ فليست برجعة.

وإن قال: والله لا أقربك، ثم قال بعد ذلك: عليّ حجة إن قربتك؛ فوقف لأربعة

---

(1) انظر: المدونة: 5/ 169 و170.

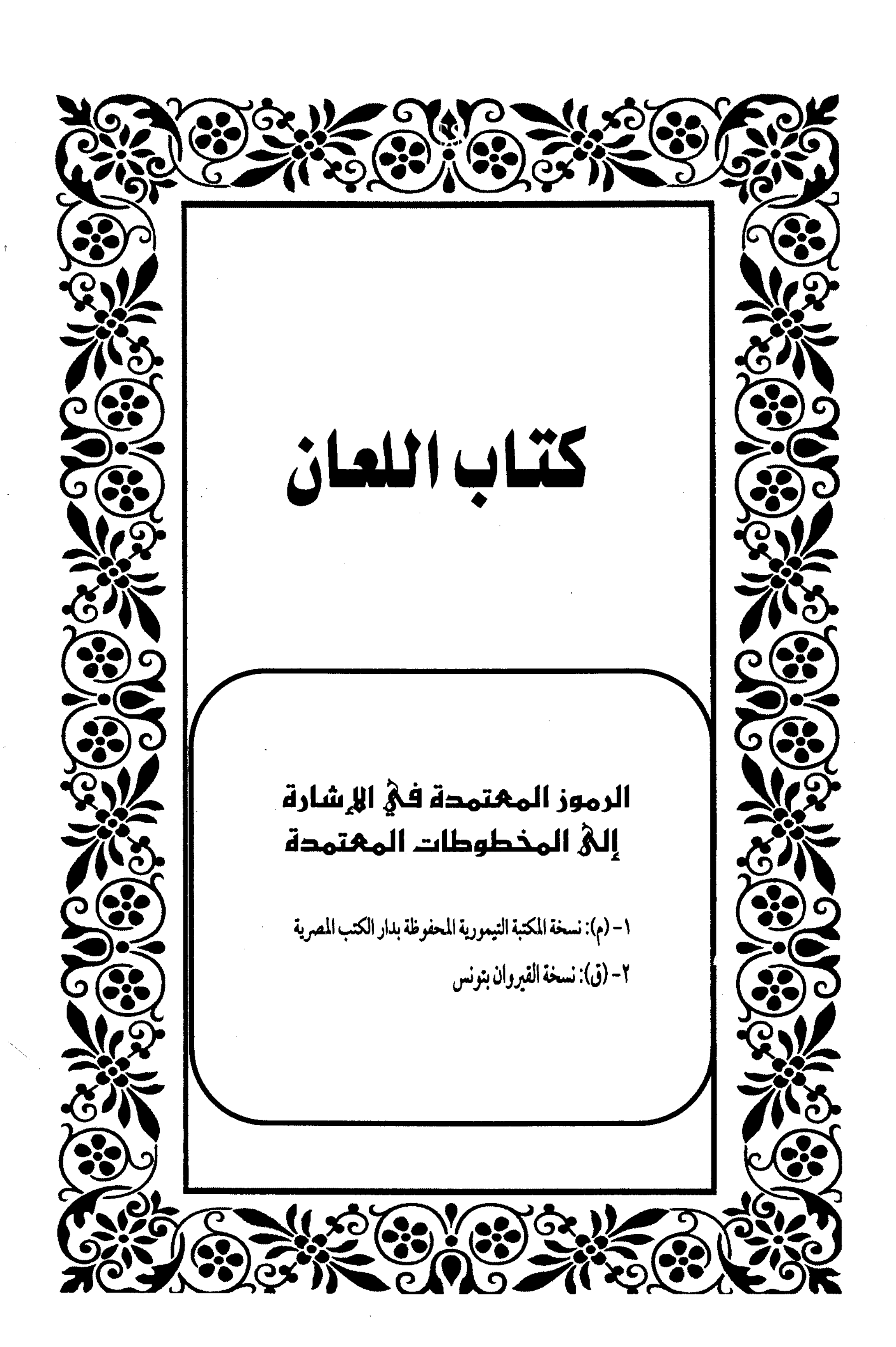
(2) انظر: تهذيب البراذعي: 2/ 327.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/ 314.

أشهر من اليمين الأولى فطلق عليه ثم ارتجع ؛ فلا إيقاف عليه لليمين الثانية؛ إذ لو حنث بالوطء كان حنثاً[1] في اليمينين، فكذلك إيقافه أولاً والتطليق عليه؛ إذ لم يفئ هو لليمينين جميعاً، وقاله غيره[2].

كمل كتاب الإيلاء بحمد الله

(1) لعلها: كان حنث، وفي المدونة: (أنه لو وقف فحنث نفسه إن الحنث يجب عليه باليمينين جميعا)، ونص تهذيب البراذعي: 2/318: (إذ لو حنث بالوطء لزمته اليمينان جميعاً).
(2) انظر: المدونة: 5/151و152.



كتاب اللعان

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١- (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية

٢- (ق): نسخة القيروان بتونس



كتاب اللعان(1)

جامع القول في اللعان

قال الله سبحانه: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [سورة النور آية: 6].

قال ابن شهاب: فأمر الرسول عليه السلام [(م: 161/أ)] الزوجين يحلفان بعد العصر عند المنبر، وفرق بينهما، فكانت سنة المتلاعنين ألا يجتمعا(2) أبداً، وألحق الولد بالأم(3).

واللعان يجب بثلاثة أوجه، فوجهان مجتمع عليهما: وذلك أن يدعي أنه رآها تزني كالمرود في المكحلة، ثم لم يطأها بعد ذلك.

---

(1) قوله: (كتاب اللعان) ساقط من (ق).

(2) في (ق): (يجتمعان).

(3) انظر: المدونة: 180/5.

والحديث متفق عليه: أخرجه البخاري: 2014/5، في باب من أجاز طلاق الثلاث، من كتاب الطلاق، برقم(4959)، ومسلم: 1129/2، في أول كتاب اللعان، برقم(1492)، ومالك: 566/2، في باب ما جاء في اللعان، من كتاب الطلاق، برقم(1177) عن سهل بن سعد رضي الله عنه، بلفظ«أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجل أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ فسأل عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ فكره رسول الله ﷺ المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ﷺ فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله ﷺ؟ فقال عاصم لم تأتني بخير قد كره رسول الله ﷺ المسألة التي سألته عنها قال عويمر والله لا أنتهي حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله ﷺ وسط الناس فقال يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ: (قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها). قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ فلما فرغا قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاث قبل أن يأمره رسول الله ﷺ.

قال ابن شهاب: فكانت تلك سُنَّة المتلاعنين.

أو ينفي حملاً بها[1] يدعي قبله الاستبراء.

قال محمد: بحيضة فقط قاله مالك وأصحابه إلا عبد الملك[2] فقال: ثلاث حيض ورواه عن مالك[3].

والوجه الثالث: أن يقذفها بالزنا، ولا يدعي رؤية ولا نفي حمل، وأكثر الرواة يقولون: إنه يحدُّ ولا يلاعن، وقاله ابن القاسم مرة، وقاله المخزومي وابن دينار.

وقالا: إن نفى حملاً، ولم يدع استبراء جلد الحدّ، ولحق[4] به الولد.

قال[5] ابن القاسم مرة أخرى: إنه[6] إن قذف أو نفي حملاً لاعن ولم يكشف عن شيء، وقاله ابن نافع[7].

قال[8] ابن القاسم في كتاب الرجم: قال مالك: من ادعى رؤية أقرَّ أنه وطئ بعدها حُدَّ، ولحق به الولد[9].

قال: ويبدأ بالزوج[10] في اللعان، فيشهد[11] أربع شهادات يقول في الرؤية: أشهد بالله إني لمن الصادقين لرأيتها تزني، وفي نفي الحمل: أشهد بالله لزنت، محمد: ورويَ عن ابن القاسم أن يقول في نفي الحمل: أشهد بالله إني لمن الصادقين، لرأيتها تزني وفي نفي الحمل: أشهد[12] بالله إني لمن الصادقين ما هذا الحمل مني[13].

---

(1) قوله: (حملا بها) يقابله في (ق): (حملانها).

(2) قوله: (الملك) ساقط من (ق).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 334/5.

(4) في (ق): (وألحق).

(5) في (ق): (وقال).

(6) قوله: (أخرى إنه) زيادة من (ق).

(7) انظر: المدونة: 192/5، وتهذيب البراذعي: 329/2.

(8) في (ق): (وقال).

(9) انظر: المدونة: 87/11.

(10) في (ق): (الزوج).

(11) في (م): (فإن شهد).

(12) قوله: (محمد: وروي عن ابن القاسم أن يقول في نفي الحمل... أشهد) ساقط من (م).

(13) انظر: المدونة: 176/5 و177، وتهذيب البراذعي: 330/2.

قال أصبغ: وأحب إليَّ أن يزيد، ولزنت[1].

قال أصبغ: ويقول في الرؤية: كالمرود في المكحلة[2].

قال ابن القاسم: ويقول في الخامسة: لعنة الله[3] عليه إن كان من الكاذبين، ثم تقول المرأة في الرؤية: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين ما رآني[4] أزني، وفي الحمل: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين[5] ما زنيت[6].

قال[7] أصبغ: وإنه لمنه أربع مرات[8].

وتقول[9] في الخامسة: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

بتمام تلك[10] تقع الفرقة بينهما، وإن لم يفرق الإمام ثم لا تحل له أبداً، وإن أكذب نفسه ولكن يحد، ويلحق به الولد إلا أن يكذب نفسه، وقد بقي من اللعان، ولو مرة واحدة للزوج؛ فيحدّ[11] وتبقى له زوجة[12].

ولو لاعن من نفي حمل فانفشَّ؛ لم ترد إليه، ولا تحل له أبداً إذ لعلها أسقطته وكتمته[13].

وإنما اللعان في المسجد عند الإمام دبر الصلوات؛ بمحضر من الناس وفي الحديث

---

(1) في (م): (لزنت).

(2) انظر: النوادر والزيادات لابن أبي زيد: 5/332.

(3) لفظ الجلالة ساقط من (ق).

(4) قوله: (ما رآني) يقابله في (م): (لم يراني).

(5) قوله: (إنه لمن الكاذبين) ساقط من (ق).

(6) انظر: المدونة: 5/176و177، وتهذيب البراذعي: 2/330.

(7) قوله: (قال) زيادة من (ق).

(8) انظر: النوادر والزيادات لابن أبي زيد: 5/332.

(9) في (ق): (ويقول).

(10) قوله: (بتمام تلك) يقابله في (ق): (فتمام ذلك).

(11) في (ق): (فتحد).

(12) انظر: المدونة: 5/181.

(13) انظر: المدونة: 5/181 و182، وتهذيب البراذعي: 2/332.

أنهما تلاعنا بعد العصر(1).

واللعان بين كل زوجين إلا الكافرين، وإن كان الزوجان مملوكين، أو أحدهما أو محدودين، أو كتابية تحت مسلم فبينهما اللعان، إلا أن الأمة والكتابية لا يلاعن الزوج في قذفهما بغير رؤية كان حراً أو عبداً إذ لا يحد قاذفهما، ويلاعن فيهما إن نفى حملاً وادعى(2) استبراء، أو ادعى رؤية لم يمس بعدها؛ لخوف الحمل، ولو شاء أن يلاعن في قذفهما ليحق ذلك عليها؛ لم أمنعه، وكذلك المحدودة(3).

وتلاعن النصرانية في كنيستها حيث تعظم(4)، ولا بأس ألا يحضر الزوج معها، وله أن يحضر، ولا تدخل هي معه في(5) المسجد(6).

وإذا قال: رأيتها تزني وهي لا يحمل مثلها [(م: 161/ب)] من كبر، أو صغر - يريد: ويوطأ مثلها- فإنه يلاعن، وكذلك في قذفهما إن كانتا حرتين مسلمتين؛ ليزيل حد قذفه.

وتلتعن الكبيرة(7)، ولا تلتعن الصغيرة إذ لا تحدُّ إن نكلت، أو أقرت كما يلتعن المسلم وزوجته(8) الكافرة، ولا تحد الكافرة إن نكلت، أو أقرت(9).

---

(1) انظر: المدونة: 5/180.

هذه الزيادة أخرجها الطبراني في الكبير: 6/118، برقم(5688) عن سهل بن سعد، وذكرهذه الزيادة البيهقي: 7/398، وقال: وهذا منقطع، وقال ابن عبد البر في التمهيد: 6/188، ولم يذكر أحد فيما علمت في هذا الحديث أنه لاعن بينهما بعد صلاة العصر إلا ابن إدريس وأظنه حمل لفظ ابن إسحاق على لفظ مالك، وقال الدارقطني لم يقل في هذا الحديث عن ابن شهاب أحد من أصحابه أنه لاعن بينهما بعد صلاة «العصر» غير محمد بن إسحاق.

(2) في (م): (وإن ادعى).

(3) قوله: (وكذلك المحدودة) ساقط من (ق)، وانظر المسألة في: المدونة: 5/183 و184، وتهذيب البراذعي: 2/331.

(4) في (ق): (يعظم).

(5) قوله: (في) زيادة من (ق).

(6) انظر: المدونة: 5/179.

(7) في (م): (يلتعن الكبير).

(8) في (ق): (زوجته).

(9) انظر: المدونة: 5/183و 184، وتهذيب البراذعي: 2/332.

ولا حدَّ[1] ولا لعان في رمي[2] الصبي، إذ لا حدَّ عليه إن قذف أو زنى، ولأنه لا يلحقه ولد إن كان[3].

وإذا رأى الزوج الحمل الظاهر فسكت شهراً، أو حتى وضعته ثم نفاه، وقامت بينة أنه رآه يوماً، أو يومين فلم ينكره، أو أنه أقر به ثم نفاه[4]؛ لم ينفعه نفيه في ذلك كله ولحق به، وبقيت له زوجة كانت مسلمة أو كتابية، أو كانت أمة مسلمة، ويحد للحرة[5] المسلمة[6].

وأما إن قدم من سفر[7]، فله أن ينفي الحمل، وإن كان ظاهراً، وإذا التعن من نفى حمل فأتت بولد ثم أتت بآخر بعد شهر، أو شهرين فاللعان ينفي كل حمل وُلد[8] لهذا الحمل.

وكذلك لو قدم من سفر، فولدت ولداً، فنفاه والتعن، ثم ولدت آخر بعد شهر، لكان منفياً؛ لأنه[9] حمل واحد.

وإن أقر بأحد الولدين من حمل واحد، ونفى الآخر حُدَّ ولحقا به جميعاً.

وإذا وضعت الزوجة ولداً، ثم وضعت آخر[10] بعده لخمسة[11] أشهر، فهو حمل واحد، فإن وضعته بعد ستة أشهر فهما بطنان، فإن قال: لم أطأ[12] بعد ولادة الأول،

---

(1) قوله: (ولا حدَّ) زيادة من (ق).

(2) في (ق): (زنا).

(3) انظر: المدونة: 5/183.

(4) قوله: (وقامت بينة أنه رآه، أو يومين فلم ينكره... نفاه) ساقط من (ق).

(5) في (ق): (الحرة).

(6) انظر: المدونة: 5/184 و185، وتهذيب البراذعي: 2/333.

(7) في (ق): (سفره).

(8) في (م): (واحد).

(9) في (م): (لأنهما).

(10) في (ق): (أخرى).

(11) في (ق): (بخمسة).

(12) في (ق): (أطأها).

وأقر بالأول، ونفى[1] الثاني؛ لاعن ونفى الثاني إذ هما بطنان.

ولو أقر بالثاني- محمد وبالأول[2]- وقال: لم أطأها بعد الأول لحق به الثاني ويسأل النساء فإن قلن: إن الحمل يتأخر هكذا[3]؛ لم يحد وكان بطناً واحداً، وإن قلن: لا يتأخر؛ حد، ولحق به بخلاف التي تأتي بولد لستة أشهر من يوم تزوجت، فأقر به الزوج وقال: لم أطأها منذ تزوجتها هذا يحد ويلحق به[4].

وإن قال: رأيتها اليوم تزني، ووطئتها قبل الرؤية في اليوم، أو قبله ولم أستبرئ، ولم أطأ بعد الرؤية لاعن، ولا يلحق به ولد إن أتت به إلا أن تأتي به لا قبل من ستة أشهر من يوم[5] الرؤية؛ فيلزمه وقد ألزمه إياه مالك مرة ومرة لم يلزمه ومرة قال بنفيه، وإن كانت حاملاً، وأحسن ذلك أنه يلزمه إن كان حملاً ظاهراً يوم اللعان، أو وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية[6].

قال محمد: وقال عبد الملك وابن عبد الحكم وأشهب: لا ينفيه إلا بلعان يدعي فيه استبراء، ولا ينفى ولد برؤية[7].

قال ابن القاسم في كتاب الرجم: لا يلزمه ما ولدت بعد لعانه إلا أن يكون حملاً ظاهراً حين لاعن بإقراره أو ببينة فيلحق به[8].

ومن اللعان: قال المغيرة: فإن[9] أقر بالحمل، وادعى رؤية لاعن، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية فهو له، فإن[10] كان لستة أشهر، فأكثر فهو لعان،

---

(1) في (ق): (أو نفي).

(2) قوله: (وبالأول) غير مقروء في (ف1).

(3) في (م): (كذا).

(4) انظر: المدونة: 5/188، وتهذيب البراذعي: 2/335.

(5) قوله: (يوم) ساقط من (م).

(6) انظر: المدونة: 5/186و 187، وتهذيب البراذعي: 2/333 و334.

(7) انظر: النوادر والزيادات: 5/334.

(8) انظر: المدونة: 11/87.

(9) في (ق): (إن).

(10) في (ق): (وإن).

وإن ادعاه لحق به وحُدَّ[1].

قال[2]: ولا يلاعنٍ في الرؤية من لا يدعي استبراء، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية لحق به، ولا ينفعه إن نفاه، ولا يحد، ولو قال بعد الوضع لأقل من ستة [(م: 162/أ)] أشهر: كنت استبرأت، ونفاه، كان للعان الأول[3].

وقال أصبغ: لا ينفى إلا بلعان ثان[4].

قال ابن القاسم[5]: ثم إن ادعاه، وأكذب نفسه في الاستبراء ؛لحق به وحُدَّ إذ باللعان نفيناه، فصار قاذفاً.

محمد: لا[6] يحد إذا نفى لعان الرؤية[7].

محمد: ومن تزوج امرأة في العدة قبل حيضة، فأتت بولد فهو للأول، إلا أن ينفيه بلعان، فإن التعن لم تلتعن هي، وكان للثاني لاحق إلا أن ينفيه، فإن نفاه بلعان التعنت، فإن نكلت حُدَّت، ولو التعنا ثم استلحقه الأول لحق به ولم يحد، إذ لم ينفه إلى زنا، ولو كان الثاني هو مستلحقه دون الأول لحق به وحد؛ لأنه كان نفيه لغير[8] أب، ومن استلحقه منهما أولاً لحق به ثم لا دعوى للثاني فيه.

ولو ادعاه الأول قبل لعان الثاني لم يقبل منه؛ لأنه ابن الثاني، ولو استلحقاه كلاهما بعد التعانهما كان الأول أحق[9] به[10].

قال في كتاب العتق: وتحرم على الثاني للأبد.

---

(1) انظر: المدونة: 5/187.

(2) قوله: (قال) زيادة من (ق).

(3) قوله: (الأول) ساقط من (ق)، وانظر المسألة في: المدونة: 5/197، وتهذيب البراذعي: 2/339.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 5/334.

(5) قوله: (قال ابن القاسم) زيادة من (ق).

(6) في (م): (لم).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 5/334.

(8) في (ق): (إلى غير).

(9) في (ق): (لأحق).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 5/347 و348.

ومن كتاب[1] القذف: ومن قال لزوجته: لم تلدي هذا الولد، فإن أقرَّ به قبل ذلك لزمه، ولم ينفعه إنكاره، وإن لم يكن أقرَّ به، أو[2] لم يعلم بالحمل حتى رأى معها[3] ولداً، فقال لها: لم تلديه[4]؟، وقالت: بل هو ولدي منك لم ينفه[5] إلا بلعان فإن نكل لحق به، ولا[6] يحد لأنه إنما نفاه من أمه، ولو كانت أمته، وأقرَّ بوطئها، ولم يدع استبراء فهي مصدقة[7] أنها ولدته منه، ويلحق به إلا أن يدعي استبراء[8].

قال أبو بكر: لم يقرأه سحنون بشيء، وطرحه وهو صحيح من قولهم[9].

وطرح سحنون قوله في الأمة إذ فيه تقصير[10] حتى تشهد امرأتان على الولادة[11].

ومن اللعان: وإن ولدت ولداً ميتاً، أو مات بعد الولادة ولم يعلم به الزوج لغيبة

---

(1) قوله: (كتاب) زيادة من (ق).

(2) في (م): (و).

(3) في (م): (بها).

(4) في (ق): (تلده).

(5) في (م): (ينفعه).

(6) في (ق): (ولم).

(7) في (م): (مصدق).

(8) انظر: المدونة: 11/51 و52، وتهذيب البراذعي: 4/494 و495.

(9) قوله: (قال أبو بكر: لم يقرأه سحنون... من قولهم) ساقط من (ق).

(10) قوله: (تقصير) غير واضح في (م).

(11) قال ابن رشد: ...من المدونة أن القول قولها أنها ولدته ويلحق به إلا أن ينكره ويدعي الاستبراء فيكون له أن ينفيه باللعان، وأن القول قول الأمة التي أقر سيدها بوطئها في الولادة إذا جاءت بالولد ويلزم السيد ولا يستطيع أن ينفيه إلا أن يدعي الاستبراء قبل الحمل، إلا أنها مسائل طرحها سحنون فأراه ذهب إلى أنه لا تصدق واحدة منهما في الولادة وإن جاءت بالولد لا الزوجة ولا الأمة، فلا يكون على الزوج إذا أنكر الولادة والولد أن ينفيه بلعان حتى تثبت الولادة، ولا تكون الأمة التي أقر سيدها بوطئها أم ولد وإن جاءت بالولد إلا أن تثبت الولادة فإن أثبتتها لحق به الولد، وكانت له أم ولد إلا أن يدعي الاستبراء قبل الحمل وتعلق به فيما ذهب إليهما، من أنهما يصدقان على الولادة إذا جاءت بالولد من المدونة.

انظر: البيان والتحصيل: 6/425.

أو غيرها ثم نفاه إذ علم، فإنه يلاعن؛ لدفع الحدِّ عنه[1].

وإن تصادق الزوجان على نفي الولد نفى[2] بغير لعان، وحدت[3] الزوجة، وإن كان لها معه قبل ذلك سنين وقاله مالك والليث، وقال أكثر الرواة: لا ينفى إلا بلعان[4].

ومن كتاب الرجم قال: وكذلك إن ظهر بها حمل قبل أن يبني بها، فنفاه، وصدقته هي أنه من زنا، فإنه ينفى بلا لعان، فإن كانت بكراً؛ حُدَّت وبقيت له زوجة، إن شاء أمسك وإن شاء طلق. يريد ولا يمسها حتى يضع.

وإن[5] شهدت بينة على امرأة أنها زنت منذ أربعة أشهر، والزوج غائب منذ أربعة أشهر، وادعت هي الحمل، وصدقها النساء في الحمل، فأُخرت حتى وضعت، ثم رجمت ثم قدم الزوج، فنفى الولد وادعى الاستبراء[6]، فإن كانت المرأة قالت: ليس الولد منه، وقد استبرأ نفي الولد بلا لعان، وإن لم تذكر هي استبراء وادعى الزوج الاستبراء، ونفاه فلا ينفيه إلا بلعان، وكذلك لو نفاه، ولم يدع استبراء، فإنه يلتعن، وينفى الولد[7].

ومن اللعان: ومن لم يُعلم له بزوجته خلوةٌ، حتى أتت بولد، فأنكره وأنكر المسيس، وادعت هي أنه منه، وأنه غشيها وأمكن[8] قولها، وجاءت به لستة أشهر، فأنكر[9] فأكثر من يوم العقد، وقد طلق أو لم يطلق [(م: 162/ب)]؛ لزمه إلا أن ينفيه

(1) انظر: المدونة: 188/5، وتهذيب البراذعي: 335/2.

(2) قوله: (نفي) زيادة من (م).

(3) في (ق): (حدت).

(4) انظر: المدونة: 191/5.

(5) في (ق): (وإذا).

(6) في (ق): (استبراء).

(7) انظر: المدونة: 86/11، وتهذيب البراذعي: 416/4.

(8) في (ق): (وأنكر).

(9) قوله: (فأنكر) ساقط من (ق).

بلعان، فإن لاعن فلها نصف الصداق، ولا سكنى لها، ولا متعة[1].

وإن نكل حُدَّ ويلحق[2] به الولد ويغرم[3] الصداق.

ومن قال في زوجته: وجدت معها رجلاً في لحاف، أو تجردت له، أو ضاجعته لم يلتعن، إلا أن يدعي رؤية الفرج في الفرج، وينكل إن لم يأتِ ببينة.

محمد[4] وهذا تعريض لو قاله[5] لأجنبية؛ لحد[6]، وقد قيل: يحد ولا يلاعن وقيل: يؤدب ولا يلاعن، ولو رجع إذ[7] قامت عليه، فقال: بل رأيتها تزني فإن له أن يلاعن، قاله لي عبد الله.

قال ابن القاسم: وإن قال: رأيت فلاناً يزني بامرأتي[8] لاعن، وحُدَّ لفلان.

وإذا زنت فحدت، ثم قال: رأيتها تزني، ولم يقذفها[9] بما حدت فيه التعن، فإن أكذب نفسه؛ نكل، ولم يحد[10].

وإن لاعن بنفي ولد، ثم زنت ثم أقرَّ بالولد لحق به، ولم يحد؛ إذ صارت زانية[11].

ولو قذف امرأته وقد كانت وطئت غصباً؛ التعن.

قال غيره: إن قذفها برؤية غير الغصب تلاعناجميعاً، فأما إن غصبت فاستمرت حاملاً؛ لم ينف الولد إلا بلعان، ولا تلتعن هي[12] إذ تقول: إن لم يكن منك فمن

---

(1) انظر: المدونة: 5/199، وتهذيب البراذعي: 2/339 و340.

(2) في (ق): (ولحق).

(3) في (ق): (وغرم).

(4) قوله: (محمد) زيادة من (ق).

(5) في (ق): (قال).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 5/344.

(7) في (م): (إذا).

(8) قوله: (بامرأتي) ساقط من (م).

(9) في (ق): (نقذفها).

(10) انظر: المدونة: 5/189، وتهذيب البراذعي: 2/335.

(11) انظر: المدونة: 5/194، وتهذيب البراذعي: 2/337.

(12) قوله: (هي) ساقط من (ق).

الغاصب[1].

قال محمد: هذا إن عرف الغصب[2] بأن ترى متعلقة به تدمي أو قد غاب عليها، فأما إن لم يعرف إلا بدعواها فلا بدَّ لها من اللعان وإلا رجمت.

قال مالك في المختصر: تقول: أشهد بالله ما زنيت، ولقد غلبت على نفسي.

قال محمد: وتقول في الخامسة: أن غضب الله عليها إن كانت[3] من الكاذبين[4].

ومن نكل من المتلاعنين عن اللعان؛ حدّ مكانه حد القذف على الزوج، والرجم على الزوجة إن كانت ثيباً، ولا[5] تؤخر إلا في الحمل، وإن كانت بكراً فمائة جلدة، وإن أقامت المرأة بينة أن الزوج قذفها، وهو ينكر؛ حُدّ إلا أن يدعي رؤية فيلتعن، ويقبل منه بعد جحوده.

وغيره: لا يقبل رجوعه، لأنه أكذب نفسه، ويحدّ[6].

وإن أقامت بينة أنه أقر بولد لاعن منه، وهو منكر لحق به، وحد.

ولو قذفها ثم طلقها، ثم قامت بالقذف فإنهما يلتعنان، فإن نكل الزوج حد. ومن نفى ولداً بلعان، ثم ادعاه بعد أن مات عن مال، فإن كان للولد ولد؛ لحق به؛ لأنه نسب استلحقه ويحد، فإن[7] لم يترك ولداً حد، ولم يرثه ويتهم في تراثه[8]، ولا يستلحق إلا ولد قائم[9].

---

(1) انظر: المدونة: 5/189، وتهذيب البراذعي: 2/335.
(2) في (م): (بالغصب).
(3) في (ق): (كنت).
(4) انظر: النوادر والزيادات: 5/335.
(5) في (ق): (فلا).
(6) انظر: المدونة: 5/189 و190.
(7) في (ق): (وإن).
(8) في (م): (ثرائه).
(9) انظر: المدونة: 5/195، وتهذيب البراذعي: 2/338.

وإن لاعن في نفي حمل، ثم ضرب رجل[1] بطنها، فألقته ميتاً، أو كان لعانه بعد أن ألقته من الضربة، فالغرة للأم، ولمن ترك[2] الجنين من عصبته[3].

ومن رواية أبي زيد: وكذلك لو ضرب الزوج بطن زوجته، فألقته جنيناً ميتاً. وإذا ماتت المرأة بعد التعان الزوج، أو بعد أن نفى من لعانها مرة واحدة ورثها.

ولو مات الزوج بعد اللعان[4] قيل للمرأة: التعني، فإن أبت ورثته ورجمت، وإن التعنت لم ترثه[5].

وإن شهد عليها بالزنا أربعةٌ، أحدهم زوجها؛ لاعن الزوج، وحد الثلاثة[6].

ويلتعن الأعمى في الحمل بدعوى [(م: 163/أ)] الاستبراء، وفي القذف، لأنه من الأزواج فتحمل ما تحمل.

قال غيره: بعلم يدله على المسيس؛ لا بالرؤية[7].

ويلاعن الأخرس[8] بما يفهم عنه من الإشارة، أو كتاب، وكذلك يعلم قذفه[9].

ومن قذف زوجته، فلم ترفعه، فلا شيء عليه، وكذلك الأجنبي.

وعلى قاذف الملاعنة، أو قاذف ابنها الحد وإن قال له[10]: ليس أبوك فلاناً، فإن

---

(1) قوله: (رجل) ساقط من (ق).

(2) في (م): (يترك).

(3) انظر: المدونة: 5/195، وتهذيب البراذعي: 2/337.

(4) في (ق): (التعانه).

(5) انظر: المدونة: 5/196، وتهذيب البراذعي: 2/338.

(6) انظر: المدونة: 5/198.

(7) انظر: المدونة: 5/196 و197.

(8) في (م): (أخرس).

(9) انظر: المدونة: 5/197.

(10) قوله: (له) ساقط من (ق).

كان على مشاتمة حد له.

قال ربيعة: من لاعن زوجته، ثم قذفها بعد تمام اللعان؛ حد لها[1].

ومن أنكر لون ولده[2]؛ لزمه[3]، ولم يلاعن وذلك عرق نزعه.

ولا يلاعن[4] المرأة في دم حيض، أو نفاس ولكن يلاعن الزوج، ويستأنى بها حتى تطهر، وكذلك لا يُطَلَّق على المعسر بالنفقة في دم حيض، أو نفاس[5].

ولكن يلاعن الزوج ويتأنى بها حتى تطهر، وكذلك لا يطلق على المعسر بالنفقة في دم حيض أو نفاس، وليس كالمولي وفي المولى اختلاف[6].

ولا متعة للمختلعة بنى بها، أو لم يبن بها سمى لها صداقاً أم لا ؛ لأن الفراق من قبلها ولها السكنى ولا نفقة لها[7].

وكذلك الملاعنة[8] فإن[9] أقر بعد ذلك في الملاعنة بالولد، فإن كان موسراً في مدة الحمل، أو في[10] بعضه رجعت عليه بالنفقة في مدة يسره[11]، وإلا[12] لم يرجع إن بنى بها.

---

(1) انظر: المدونة: 5/194.

(2) في (م): (ولد).

(3) قوله: (لزمه) ساقط من (ق).

(4) في (ق): (تتلاعن).

(5) انظر: المدونة: 5/201، وتهذيب البراذعي: 2/340 و341.

(6) قوله: (وفي المولى اختلاف) غير مقروء في (ف1).

(7) انظر: المدونة: 5/202.

(8) في (ف1): (المتلاعنة).

(9) في (ق): (وإن).

(10) قوله: (في) ساقط من (ق).

(11) في (ف1): (يسيرة).

(12) انتهت هنا نسخة (ق).

قال محمد فيمن قال: كنت أطأ في الدبر، أو بين الفخذين، فأنزل: لزمه الولد، ولا لعان له في الحر.

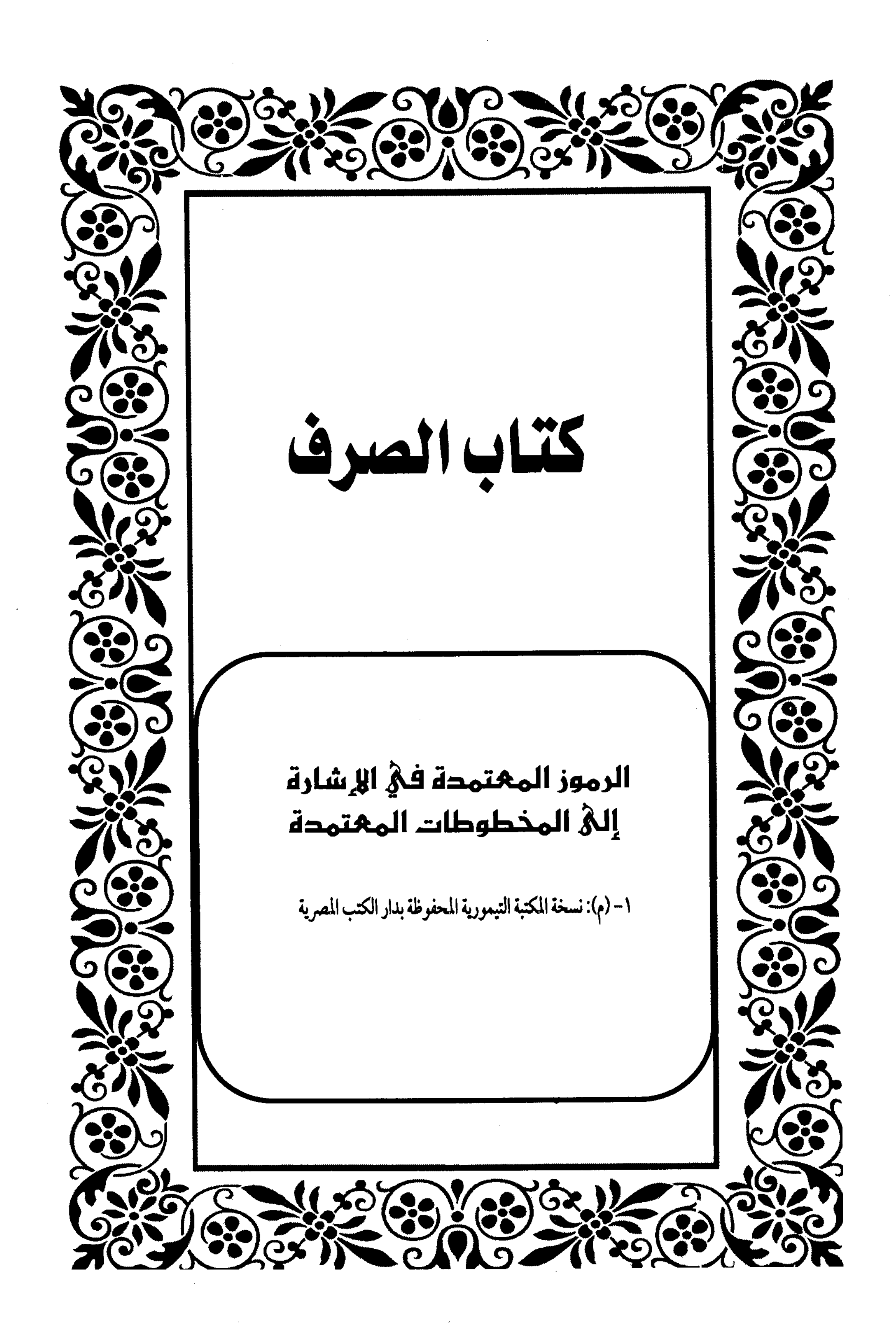
وكذلك إن وطئ أمته، ثم وطئ امرأته قبل أن تبول، فكسل عنها؛ لزمه الولد، ولا لعان له؛ إذ قد يكون بقي في إحليله فضل ماء من الأولى[1].

كمل كتاب اللعان

بحمد الله وحسن عونه



(1) انظر: النوادر والزيادات: 5/334.



كتاب الصرف

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١ - (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية



كتاب الصرف[1]

في الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والمراطلة، وفي المبادلة واقتضاء بعض ذلك من بعض في المزابنة، أو طعام من طعام

إن الله سبحانه أجمل تحريم الربا في كتابه فقال: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [سورة البقرة آية: 275].

وبين كثيراً من ذلك على لسان نبيه عليه السلام؛ فمن ذلك ما قال ﷺ: **«لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق[2] بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز»**[3].

وفي حديث آخر: **«ومن زاد أو استزاد فقد أربى»**[4].

---

(1) عياض: الصرف مأخوذ من التقلب، ومنه صرف الدهر وتصرف الأمور؛ أي تقلبها واختلافها شيئاً بشيء، وكذلك صرف الذهب بالفضة وإرطالها بالنحاس قلب عيناً بأخرى، وبه سمي فاعل ذلك صيرفياً.
وقد يكون من الصريف الذي هو الصوت؛ لجلبه أصوات الدراهم والدنانير عند تحريكها وعدها أو وزنها؛ ولهذا يعبرها أهل العبارات بالخصومات والنزاع.
وقد يكون من الوزن، وهو أصلها، والصرف: الوزن، وهو أحد التفاسير في قوله عليه السلام: لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً ؛ أي وزناً ولا كيلاً، قاله ابن دريد.
انظر: التنبيهات المستنبطة ص: 1483.

(2) عياض: والورق - بكسر الراء وفتحها - الدراهم، حكاه الهروي ، وكذلك الرقة، بكسر الراء وتخفيف القاف.
قال بعضهم: ولا يقال لما لم يضرب من الدراهم ورق ولا رقة، وإنما يقال فضة، والفقهاء يطلقون هذه الأسامي كلها بمعنى على الفضة، وكذلك قال ابن قتيبة: إن ذلك كله يقال في المسكوك وغيره، وألفاظ الحديث تدل على صحة هذا. انظر: التنبيهات المستنبطة ص: 1484.

(3) أخرجه البخاري: 2/ 761، في باب بيع الفضة بالفضة، من كتاب البيوع، برقم: 2068، ومالك في الموطأ: 2/632، في باب بيع الذهب بالفضة تبرا وعينا، من كتاب البيوع، برقم: 1299.

(4) أخرجه مسلم: 3/1210، في باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا ، من كتاب المساقاة، برقم: 1584.

وقد حذر ﷺ من الشبهات[1].

وقال عمر رحمة الله عليه: (**دعوا الربا والريبة**)[2] [(م: 163/ب)].

قال ابن القاسم: قال مالك: فلا يجوز ذهب بذهب، أو فضة بفضة؛ إلا مثلاً بمثل.

ووجه المراطلة في ذلك اعتدال الكفتين[3].

ولا يجوز أن يتجاوز أحدهما لصاحبه رجحان ذلك تراطلاً بذهبين، أو فضتين مسكوكة، أو بتبر.

ولا بأس باختلاف أوزان المسكوكة؛ إذا اعتدلت الكفتان في المراطلة.

ولا بأس بأن يكون ذلك أحدهما تبراً، أو حلياً، أو مسكوكاً؛ أجود من ذهب صاحبه، أو أردأ وذهب الآخر حلي أو مسكوك أو تبر، وكذلك الفضتان، وكذلك دنانير بدنانير لأحدهما فضل بوزن، وللآخر فضل وزن؛ فذلك جائز إذا اعتدلت الكفتان.

ومن المدونة - وبعضه من كتاب محمد-: ووجوه المراطلة كلها جائزة، إلا

---

(1) متفق عليه، أخرجه البخاري: 28/1، في باب فضل من استبرأ لدينه، من كتاب الإيمان في صحيحه، برقم: 52، ومسلم: 1219/3، في باب أخذ الحلال وترك الشبهات، من كتاب المساقاة، برقم: 1599.

(2) انظر: المدونة: 236/6.

(3) عياض: مسألة المراطلة ؛ لم يشترط في الكتاب معرفة وزن الدنانير والدراهم ولا عدها.

وقال القابسي وغيره: لا بد من معرفة وزن إحداهما؛ يعني في بلد تجري فيه كيلاً، وإلا كان عندهم من بيع المسكوك جزافاً، وعلى هذا إذا كانت عدداً فلا بد من معرفة عدد الدراهم من الجهتين أو الدنانير، بخلاف الوزن؛ لأن معرفة وزن أحدهما معرفة وزن الآخر بخلاف العدد، إلا في مثل القائمة وشبهها المعلوم اتفاق وزنها وعددها، فمعرفة ما في الكفة الواحدة منها معرفة ما في الأخرى من وزن أو عدد.

وقال أبو عِمرَان ومن وافقه: لا يلزم شيء من هذا مع حضور الكفتين في المراطلة؛ لتحقق المماثلة.

وكذلك جوز في الكتاب مراطلة المسكوك بالمصوغ دون شرط، وشرط القابسي فيها مماثلة الذهبين فقط، وشرط غيره مع ذلك مماثلة قيمة السكة والصياغة.

وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: دعوا الربا والرِّيبَة؛ أي ما يريب ويخشى أن يكون ربا.

ومعنى قوله في آية الربا: توفي رسول الله ﷺ ولم يفسرها لنا ؛ أي لم ينص على جميع فروعها، وإلا فقد بين أصولها وقرر قواعدها وأكمل الله الدين قبل موته ﷺ والحمد لله رب العالمين.

انظر: التنبيهات المستنبطة ص: 1533 و 1534.

في وجهين:

أحدهما: أن يرجح ذهب أحدهما فيزيده الآخر لذلك عرضا أو فضة أو يزيده في الفضتين ذهباً أو عرضاً أو يتجاوز له ذلك الرجحان وإن لم يأخذ له عوضاً.

الآخر: أن يخرج أحدهما ذهبه، ويخرج الآخر ذهبين؛ أحدهما أجود من الآخر في عين أو نفاق والآخر أردأ منها فلا يجوز بذلك[1].

وإن كانت المنفردة أجودهما أو أردأ أو مثل أحدهما وأجود من الأخرى، أو أردأ؛ فذلك جائز.

محمد: كانت المنفردة سكة، أو تبراً والذهبان سكتان أو تبراً أو أحدهما تبر، والآخر مسكوك وكذلك الفضتان فيما ذكرنا.

يريد: وينظر فيما تساوى من الذهبين في عينه، فإن الارتفاع في السكة في أحدهما كالارتفاع بجودة عينه فيما يحل ويحرم.

قال ابن القاسم: ولو راطله هاشمية بعتق أكثر عدداً وأنفق وزناً فجائز، فإن جعل مع الهاشمية ذهباً أردأ من العتق كالناقصة ثلاث خرويات ونحوه؛ لم يجز له أوزن ههنا لفضل عيون التي معها.

وكذلك دنانير ذهب أصفر لأحدهما، وللآخر مثلها مع تبر ذهب أحمر فإن اتفق المسكوكان في النفاق جاز ذلك؛ كان التبر أرفع من المنفردة أو أدنى، وإن كانت التي مع التبر دون المنفردة والتبر أرفع لم يجز.

فإن كانت المنفردة دون الأخرى ودون التبر وأرفع منهما؛ جاز ذلك.

ومن كتاب محمد: فأما إن راطلته دراهم له بيض ودراهم لي سود، ولهذه السود فضلٌ بيّنٌ على تلك البيض [...] مع السود فضة مسكوكة وهي مثل فضة البيض؛ فذلك لا يحل يعني: أنها صارت دونها [قيمة][2].

قال ابن القاسم: وإن راطلته تبراً بتبرٍ مع أحد التبرين دنانير؛ فإن كان التبران

(1) انظر: النوادر والزيادات: 5/353 و 354.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 5/354.

سواء؛ أو كان التبر الذي مع الدنانير أجود؛ فلا بأس بذلك؛ فإن كان التبر الذي مع الدنانير أدنى التبرين؛ فلا يجوز.

ولا بأس في المراطلة بمصوغ الذهب بتبر ذهب، أو دنانير أجود من ذلك المصوغ، أو أردأ [كيلاً][1] بخلاف الاقتضاء.

وكذلك حلي بين رجلين باع أحدهما حصته من شريكه بمثل نصف وزنه يداً بيد، وكذلك نقرة بينهما.

وروى أشهب أن مالكاً [(م: 164/أ)]؛ لم يجزه في النقرة؛ إذ لا ضرر في قسمتها ككيس مطبوع بينهما، فيصير ذهباً بذهب ليس كفة بكفة[2].

ولا يجوز ذهب بذهب، وفضة بذهب وفضة، وإن اتفق الذهبان والفضتان في السكة والعين، وكذلك لا خير في ذهب وفضة بذهب، أو بإناء ذهب.

ولا يجوز أن يكون في المبادلة مع أحد الذهبين، أو مع أحد الفضتين عرض، أو خلافهما من فضة أو ذهب قلَّ ذلك أو كثر.

[...][3].

وكره مالك أن تصرفَ دراهمك من رجل [بدنانير]، ثم تبتاع منه بتلك [الدنانير دراهم غير دراهمك، أو] غير عيونها.

يريد: أنقص أو أوزن في الوقت أو بعد يوم أو يومين [...].

ولو راطلته دنانير ناقصة بوازنة مثلاً بمثل فلا يصرف أحدكما من الآخر ديناراً مما أخذ منه[4].

قال ابن أبي سلمة: وإن لم تجد من يراطلك بها، فبعها بورق ثم ابتع بالورق وازنة، ولا تجعل ذلك[5] من رجل واحد[6].

---

(1) كلمة غير واضحة في الأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي: 3/ 125.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 5/382.

(3) غير واضح في الأصل بمقدار أربع أسطر.

(4) انظر: تهذيب البراذعي: 3/ 101.

(5) انظر: تهذيب البراذعي: 3/ 97 و98.

(6) انظر: المدونة: 6/ 165، و تهذيب البراذعي: 3/ 97 و98.

قال ابن المواز: توقف مالك في الأكثر من يومين، قال ابن القاسم: لا أرى فيه بأساً إذا طال الزمان، وصح أمرهما.

قال أشهب: بأن [...] تلك بالدنانير التي [...] في دراهمك مثل دراهم في عيونها، فلا بأس إن كان الأقل دينار وأكثر إذا لم يتفرقا، فإن خالفت عيونها؛ لم يجز افترقا أم لا إلا بعد طول الزمان حتى لا يتهما على ذلك.

ومن المدونة: ولا بأس بالبدل بغير مراطلة؛ ديناراً أو درهماً [بأوزن منه فيما قلَّ] مثل الدينارين، أو الثلاثة، بخلاف المراطلة.

وقد فعله ابن عمر وغيره وأنزل من المعروف عدداً لا كيلا، كما جاز في القضاء [(م: 164/ب)] أخذك أرجح أو أنقص ولم يجز مراطلة؛ لأن ذلك تكايس والأول معروف.

وقد استسلف النبي ﷺ بكراً؛ فقضى جملاً خياراً.

ولا يجوز في القضاء ولا في المبادلة أن يكون الناقص أجود عيناً، وإن بادله هاشمياً ناقصاً بوازن أعتق منه[1] فقد كرهه ربيعة ومالك.

ولا بأس به عندي وكذلك هاشميين ضربا ببلدين أحدهما أنفق فإن كان هو الناقص لم يجز وإن اتفقا في النفاق وجودة الذهب جاز وإن لم يضربا ببلد واحد وأجاز في باب آخر أن يبدل [له ستة تنقص سدساً سدساً بوازنة] على وجه المعروف.

وفي رواية أخرى ثلاثة.

وقال في كتاب ابن المواز: إنما يجوز [مثل الدينار والدينارين وأما العشرة] أو أكثر فلا يجوز.

[...][2]

فأقل فأما إن كانت أقل عددا وكل درهم منها أوزن من كل درهم من مائتك فلا يجوز أصل الوزن معروف مع اتفاق العدد؛ فهو جائز واختلاف العدد مع تفاضل

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي: 122/3.

(2) غير واضح في الأصل بمقدار أربع أسطر.

الوزن مكايسة فلا يجوز.

وكذلك الفلوس لا يبدل واحدٌ باثنين ولا يأخذ منها في القرض أزيد [عدداً] وإن كنت أقرضته المائة دينار كيلاً جاز أن يعطيك أزيد عدداً أو اقل في مثل وزنك ولا يجوز أن تأخذ منها عشرين ومائة كيلا وهو كزيادة في العدد ولم يأت بالرخصة في زيادة في العدد.

قال محمد: وإن اشترط في البيع مع الفرادى الكيل؛ جاز أن يأخذ في أقل الوزن أكثر عدداً؛ أو أقل[1].

قال: وإذا اجتمع في العين الجودتان[2] [...] من هذه المجموعة جودة العين وزيادة الكيل؛ أو الجودة وقلة العدد؛ فذلك جائز.

وكذلك إن اجتمع الرديء في كثرة العدد ونقصان الوزن وردائته [...] فلا بأس به؛ وإن كانت أقل عدداً وأردأ عيوناً؛ فلا خير فيه ،لأن قلة العدد أجود فاغتفر نقص وزن، أو رداء عيونها لقلة عددها.

محمد: وإن أقرضته دراهم فقضاك تبر فضة أكثر وزناً مثل فضة الدراهم أو أدنى أو أرفع؛ لم يجز.

فإن كان أقل وزناً وأردأ [(م: 165/أ)] فضة جاز ذلك، ولا يجوز أكثر وزناً.

ولا بأس في القرض بيسير الرجحان أو كثير النقصان إذا كانت العيون والجودة واحدة، وكذلك إن أقرضك طعاماً؛ فلا تأخذ منه فضل العدد مثل عشرين ومائة إردب من مائة.

ولو زادك بعد مجلس القضاء و التفرق؛ لجاز في عين أو طعام.

محمد: إنما يجوز مثل رجحان الميزان،

وأجاز أشهب زيادة درهم ودرهمين، وفي الكيل إردب وإردبين على غير موعد.

وقاله ابن حبيب في كل شيء إن كانا من أهل الصحة، وكان عند القضاء أو بعده، أما قبل؛ فلا يجوز[3].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 5/361.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 5/361.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 5/366.

[...][1].

فلو أقرضت ذهباً مصوغًا فقضاك تبراً [...] أجود عيناً، أو تبر فضة أجود من دراهم أقرضتها إياه، أو قضاك حلياً أو دنانير من تبر ذهب أقرضته والتبر أجود ذهباً والوزن في ذلك كله واحد؛ لم يجز بشيء من ذلك لأنه بيع سكة، أو صياغة بجودة ذهب أو فضة وذلك بحضورهما في المراطلة [...] السكة والصياغة وتزول [...].

وإذا كان لو قضاك من حلي قرضا تبرا مثل ذهب الحلي لم يجبر على [أخذه] علمنا أنك إنما رضيته لفضل [عينه].

ومن لك عليه درهم [...] فقضاك تبر فضة أقل من وزنه وأجود من فضته لم يجز.

وكذلك في مثل وزنه يريد أجود من فضته لم يقر به، يحيى: وهو صحيح.

ولا تأخذ قضاء من دراهم محمدية تبر فضة أجود من فضتها وهو بيع [...] بجودة الفضة، وليس كقضاء سمراء من محمولة إذ لم يبق في صفة المحمولة عوضاً من جودة السمراء كما كانت السكة عوضا.

ولا بأس بتبر الفضة بصفة قضاء من بعض أجود صفة، أو أردأ عند الأجل في مثل الوزن.

فإن قضاك من يزيدية قرضاً محمدية وهي أفضل، أو سمراء من محمولة؛ لم تجبر على أخذهما؛ حل الأجل أو لم يحل ، وإن قبلتهما جاز ذلك في العين من بيع أو قرض؛ قبل الأجل وبعده.

ولا يجوز في الطعام حتى يحل الأجل كان من قرض أو بيع، ولابن القاسم قول في إجازته من قرض قبل الأجل.

وقال في كتاب الآجال وفي السلم الأول: إنه لا يجوز حتى يحل الأجل [(م: 165/ب)] لأن الطعام يرجى تغيير أسواقه؛ وليس العين كذلك.

ولا تأخذ قبل الأجل يزيدية من محمدية، ولا محمولة من سمراء؛ لأنه وضيعة على تعجيل حق، ويأخذ محمولة من محمولة قبل الأجل أجود جودة يريد من قرض، ولا

---

(1) غير واضح في الأصل بمقدار أربع أسطر.

تأخذ أردأ[1].

قال: والطعام من قرض لا من بيع؛ أو العين من بيع أو من قرض؛ يدخله من الأجل ضع وتعجل، ولا يدخله حط عني الضمان؛ وأزيدك إذ له تعجيله.

وإذا أقضيت عشرة دنانير محمدية مجموعة من بيع فرجحت جاز أن تعطيه برجحانها عرضاً أو دراهم، بخلاف المراطلة.

قال محمد: وذلك إن كانت من قرض.

[...][2].

قال ابن القاسم: [وإذا كان لك عليه][3] طعاماً فقضيته أزيد في الكيل أو الوزن جاز شراؤك الزيادة بثمن [حال] أو إلى أجل إذا حل أجل الطعام.

ولا يجوز قبل الأجل؛ وإن حل فاختلفت[4] الصفات والجنس واحدٌ؛ فلا بأس أن يأخذ مثل الكيل أجود صفة أو أردأ ولا يغرم لجودته أو يأخذ لزيادته شيئاً، ولا تأخذ أجود وأكثر كيلاً وتؤدي شيئاً، أو أردأ أو أقل كيلاً وتأخذ شيئاً.

ولا تأخذ أجود وأقل كيلاً، ولا أردأ وأزيد كيلاً.

وإن لم تغرم لذلك شيئاً ولا رجعت بشيء ويدخل ذلك كلها إن كان من بَيع بِيع الطعام قبل قبضه وفي القرض المتفاضل في بيع الطعام إلا أنه لا يأخذ في القرض أزيد كيلاً وإن لم يلزم شيئاً اتفقت الصفة أو اختلفت.

وإن اقتضيت من سمراء شعيراً أو محمولة بعد الأجل أقل كيلاً قضاء من جميع الحق لم أجز، وليس كالعين بأخذ أقل عيناً ووزناً لتقاربه في العين وتفاوته عند الناس في الطعام وكما لا يجوز يداً بيد على التطاول في الطعام ويجوز في العين فكذلك في الاقتضاء.

ويدخل في الطعام من قرض أو استهلاك التفاضل في بيعه، ويدخله أيضاً في البيع

---

(1) انظر: المدونة: 210/6.

(2) غير مقروء بالأصل بمقدار ثلاثة أسطر.

(3) غير مقروء في الأصل بمقدار أربع كلمات، والمثبت من تهذيب البراذعي: 128/3.

(4) في الأصل: (فإن اختلفت)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي.

بيعه قبل قبضه.

وأجاز أشهب: أن يقتضي بعد الأجل محمولة، أو شعيراً، أو سمراء؛ دون الكيل، وكذلك دقيقاً إن لم يكن أجود وجعله كالعين[1].

وما جاز في الاقتضاء من القرض؛ جاز من الاستهلاك.

وبعد هذا باب في اقتضاء الطعام بعضه من بعض، فيه بقية هذا المعنى مستوعباً.

والدنانير المجموعة في النقص والأرباع والأنصاف والقطع تجمع في الكيل وهي زائدة العدد والفرادى [(م: 166/أ)] تجوز فرادّى، فإذا اجتمعت نقصت في المائة مثل الدينار والقائمة المحالة، فإذا جمعها الوزن زادت مثل دينار في المائة.

ولا بأس أن تبيع بمائة مجموعة لا يسمّى كم دخلها؛ ما لم يُدخل لك ذهباً غير جائز، ولا يأخذ في بيع أو قرض كيلاً من فرادى، ولا فرادى من كيل؛ إلا أن يشترط في البيع مع الفرادى الكيل؛ فليأخذ فيه كيلاً أزيد عدداً، أو أقل.

وكذلك تشترط بمائة مجموعة دخلها خمسة فلا بأس أن يأخذ أقل من ذلك العدد وأكثر في مثل الوزن.

فإن قضاك من بيع أو قرض مائة قائمة بغير وزن من مائة مجموعة؛ فذلك جائز؛ لأنها أكثر وزنًا وأفضل عيوناً؛ لأن ما قل من العدد فهو أفضل.

ولا تأخذ مائة فرادى لم يجز، لأنك تجاوزت نقصها [2] لفضل عيونها.

وإن كانت لك مائة قائمة أو فرادى [من بيع أو قرض، فلا تأخذ منها مائة مجموعة] أزيد عدداً لأنك تركت فضل [عيون أو وزن، لفضل العدد، إلا أن تسلفه بمعيار عندك قد] عرفت وزنها أو اشترط في البيع الكيل مع العدد فجائز أن تأخذ فيه كيلاً أقل عددا فأخذت كيلاً في مثل العدد أو أكثر في الوزن.

[...][3].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/54 و55.

(2) انظر: تهذيب البراذعي: 3/120.

(3) غير مقروء بالأصل بمقدار سطرين.

محمد: إن شرطت الكيل في البيع أو أقرضته مالاً؛ جاز أن تأخذ أقل منه أو أكثر في مثل [...] ولا تأخذ من مائة محمدية مجموعة، وقد [خلفها يزيدية] مجموعة أو وزناً أو من يزيدية [...] أقل وزناً وذلك بيع فضل عين بزيادة وزن [ويزيدية أقل].

وإن أخذ [محمدية مجموعة] مثل وزن يزيدية فأكثر بعد الأجل؛ جاز ما لم تكن عادة.

[قال]: أن أخذ بعد الأجل من محمدية مجموعة يزيدية مجموعة مثل وزنها؛ جاز وهذا في الدنانير والدراهم سواء ولا بأس أن تأخذ من يزيدية أكثر وزناً يسيراًما لم تكن عادة أنه يزيد في القرض.

ولا تأخذ من دراهم لك مجموعة تبر فضة أجود من فضتك؛ مثل وزنها إذا ترك لك السكة لفضل الفضة.

ولا تأخذ من درهمين فرادى وزن درهمين من تبر فضة أجود أو أدنى من فضتهما؛ لأن المجموعة أزيد وزناً.

ولا بأس بمجموعين من مجموعين.

وليس ما كرهناه من أخذ مجموعة من فرادى مثل ما أجزنا من أخذ صنف من الطعام من صنفه بعد الأجل؛ لأنه مكيل لا تفترق أقداره وهذا مختلف.

ولا يجوز بيع جزاف دنانير أو دراهم بمثلهما من جزافٍ، أو وزن ولا بعرض.

وأما الفضة والذهب تبراً غير مسكوك؛ فلا بأس ببيعه جزافاً بعرض؛ أو بخلافه من ذهب أو فضة غير مسكوكة جزافاً[1].

---

(1) انظر: المدونة: 6/205.

في مناجزة[1] الصرف، وما يكره من التأخير فيه وما ضارع الصرف من معاني البيوع وجامع الصرف

ومما بينه الرسول ﷺ [(م: 166/ب)] من أبواب الربا.

قوله: «الذهب بالورق رباً؛ إلا هاء وهاء[2]»[3].

قال عمر: وإن استنظرك إلى أن يلج بيته؛ فلا تنظره[4].

قال ابن القاسم: فلا يجوز الصرف؛ إلا مناجزة[5].

وأكره للصيرفي أن يدخل الدينار تابوته؛ أو يخلطه؛ ثم يخرج الدراهم، ولكن يدعه حتى يزن فيأخذ ويعطي.

ولا يجوز أن يجلسا ساعة ثم يتناقدان، وإن لم يفترقا، ولا تصارفه في مجلس، وتناقده في آخر.

وإن واجبته على عشرة دراهم بدينار؛ ثم استقرضته أنت ديناراً من رجل معك،

---

(1) قال عياض: والمناجزة: المسارعة والإنجاز: الإسراع والعجلة.
انظر: التنبيهات المستنبطة ص: 1485.

(2) عياض: وهَآءَ وهَآءَ - بالمد والفتح غير منون - بمعنى واحد: خذ وتناول؛ أي يقول كل واحد منهما لصاحبه ذلك.
وقيل: هو بمعنى خذ وأعط.
وأكثر المحدثين والفقهاء يقولونه بالقصر، وقد قيل فيه ذلك.
ويقال: هَأْ، بالهمزة ساكنة، فمن قصره فهو تسهيل هذا الوجه، ومنه قولهم: هاكم، ويقال: هآءِ ممدود مكسور والمد والفتح أفصح وأشهر؛ قال الله تعالى: {هَاؤُمُ اقْرَءُوا كِتَابِيَهْ}.
انظر: التنبيهات المستنبطة ص: 1484.

(3) الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/750، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، في كتاب البيوع، برقم: 2027، ومسلم: 3/1209، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، في كتاب المساقاة، برقم: 1586، ومالك في الموطأ: 2/636، باب ما جاء في الصرف، في كتاب البيوع، برقم 1308، واللفظ لمالك، ولفظ البخاري: "الذهب بالذهب"، ولفظ مسلم: " الورق بالذهب".

(4) انظر: المدونة: 6/158، 204 .

(5) انظر: المدونة: 7/123.

وهو الدراهم من آخر معه؛ فلا خير فيه.

ولو كانت معه الدراهم واستقرضت أنت الدنانير؛ فإن كان أمراً قريباً؛ كحل الصرة ولا يقوم لذلك؛ فلا بأس.

وقال أشهب: لا خير فيه[1].

ولو بعت من رجل دراهم لك على رجل حاضر بدينار نقداً؛ لم يجز؛ إلا أن ينقده غريمك مائة وكلهم حاضر.

ولا خير في أن نواجبه؛ ثم تمضيا إلى السوق فتتناقدا.

وإن قلت له: اذهب بنا إلى السوق بدراهمك فإن كانت جياداً أخذتها كذا وكذا بدينار ولم تواجبه؛ فلا خير فيه؛ ولكن تسير معه على غير موعد؛ فإن أعجبك أخذت؛ وإلا تركت[2].

---

(1) انظر: المدونة: 6/ 203.
عياض: ومسألة اللذين تواجبا الصرف ثم استقرض كل واحد منهما من غيره ما صرفه، قال: لا خير فيها، ثم ذكر مسألة: إذا استقرض أحدهما الدينار فقال: إن كان شيئا متصلا فخففه، وقال أَشْهَب في الباب الآخر فيها: لا خير فيه.
حمل سحنون أن قول ابن القاسم في المسألتين متعارض؛ ولذلك قال في الأولى: هي خير من التي تحتها، والآخرة كلام أَشْهَب خير. وهو مذهب غير واحد من الشيوخ، سواء علم الآخر أنه لا دينار عنده في المسألة الثانية أم لا.
وذهب بعضهم إلى أن اختلاف جواب ابن القاسم لاختلاف المسألتين، وأن صاحب الدراهم في المسألة الثانية لم يعلم أنه لا دينار عند صاحبه فلم يلزمه ما فعله من الاستقراض له؛ إذ لعله إنما فعل ذلك طمعاً أن يبطل الصرف وندما ويحل الصفقة فلم تلزم دعواه صاحبه، ولو كان عالماً ألا شيء عنده لما جازت كالأولى.
وقيل: بل إذا كان ذلك منهما معا كثر الغرر من الجهتين والخطر؛ إذ يمكن أنهما لا يجدا من يسلفهما معا في الحين أو من يسلف أحدهما ولا يسلف الآخر وإذا كان من الجهة الواحدة كان أقل خطراً، والغرر القليل مغتفر، وقلما تسلم منه البيوعات.
ونبه بعض الشيوخ أنه يستفاد من هذه المسألة أنه لا يلزم تعيين الدينار في الصرف ولا من شرطه إحضار العينين.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1486 وما بعدها.
(2) انظر: المدونة: 6/ 203، 204.

قال: فلا تواجبه ثم [...][1] الدراهم منه؛ ثم تدفعها إليه.

وكره مالك أبعد من هذا فقال: إن راطلته دنانير ناقصة بوازنة؛ فلا خير في أن يصرف أحدكما من الآخر دنانير؛ مما أخذ منه مكانه؛ ولا بعد يومين حتى يبعد ذلك.

وإن وجب لي على رجل نصف دينار حالاً فصرف ديناراً ثم قضاني من الدراهم مكانه؛ أو أخذت نصفه قضاء وصارفته نصفه الآخر؛ فذلك جائز.

وإن استقرضت منه دنانير أو دراهم؛ فلا تصرفهما منه مكانك فيؤول إلى الصرف نظرة [2] إلا أن تعجل دينه مكانك.

ولا بأس أن تبتاع بها منه طعاماً؛ أو سلعة مكانك؛ إلا أنه إن أقرضكها إلى أجل فابتعت بها منه ذلك يداً بيدٍ؛ أو أقرضكها حالة فابتعت بها منه ذلك يداً بيدٍ؛ أو مضموناً إلى أجل -يريد كأجل السلم- فهذا كله جائز.

وإن أقرضكها إلى أجل ورددتها إليه في شيء إلى أجل؛ لم يجز؛ وصار ديناً بدينٍ.

وكذلك إن قضاك إياها من دين؛ لم يجز أن تردها إليه مكانك في طعام؛ وهذا كله في باب الدين بالدين.

ولا بأس بالوكالة على الصرف؛ ولا خير في أن تصرف وتوكل على القبض؛ ولا أن تحيل بما صرفت.

وإن صرفت ديناراً من رجل وأمرته بدفع الدراهم؛ أو نصفها إلى غريمك؛ لم ينبغِ لك؛ إذ قارضته قبل تمام القبض.

ولو صرفته موكلاً على صرفه؛ ثم أتى ربه فأمرته بالقبض وذهبت أنت لم ينبغِ ذلك.

ومن غصبك مالاً؛ جاز أن تصرفه منه ذكر أنه عنده حاضر أو لم يذكر؛ لأنه في ذمته.

---

(1) غير مقروء بالأصل بمقدار كلمة.

(2) عياض: والنَظِرة - بكسر الظاء - بمعنى التأخير، قال الله تعالى: {فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ}. انظر: التنبيهات المستنبطة ص: 1484.

ولو غصبك جارية؛ جاز أن تبيعها منه وهي غائبة ببلد آخر؛ وينقدك إذا وصفها [(م: 167/أ)] لأنه ضامن لما نقصها.

قال سحنون: لا يجوز حتى يختار تضمين القيمة؛ ثم له بيع تلك القيمة بما يجوز بيعها. يريد: وينقد[1].

قال ابن القاسم: ولا تصرف منه وديعة لك؛ أو رهناً في بيته من ذهب؛ أو فضة أو حليّ مسكوك.

وإن كانت مائتي درهم؛ جاز أن تأخذ منها مائة؛ وتدع له مائة؛ ولا يعطيك المائة من غيرها وتلك في بيته[2].

ولو صرف هو وديعتك؛ أو ابتاع بها سلعة لم يكن لك أن تأخذ ما ابتاع أو صرف؛ وإنما لك مثل دنانيرك؛ أو دراهمك.

ولو أودعته عرضاً أو طعاماً؛ فباعه بعرض أو طعام؛ كنت مخيراً في أخذ ما باعه به؛ أو أخذ المثل فيما يقضى بمثله؛ أو القيمة فيما لا مثل له.

قال محمد: وقال أشهب: إن أودعه قمحاً فباعه بتمر لربه؛ لم يجز له الرضا به؛ لأنه طعام بطعام فيه خيار.

قال محمد: ويشترى بالتمر قمحاً؛ فإن كان فيه فضل؛ فهو لرب القمح.

قال أشهب: إن باعه بتمر لنفسه؛ فربه بالخيار بين الرضا بالتمر؛ أو أخذه بمثل القمح[3].

ومن لك عليه دنانير؛ أو دراهم ديناً مؤجلاً؛ فلا تصرفه منه قبل الأجل؛ وإن نقدك مكانه؛ أو أخرتما النقد إلى الأجل نفسه؛ وكذلك الفلوس.

ولا يبتاع بها منه عروضاً مضمونة إلى ذلك الأجل.

وإن تعجلت العروض؛ جاز ذلك؛ حل الأجل أم لا؛ كان الدين من بيع أو قرض؛ ما لم يأخذ منه بدينك من صنف ما بعته أفضل منه.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 5/372.

(2) انظر: المدونة: 6/175.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/55.

وإن حلَّ دينك؛ جاز أن تصرفه منه وتقبض مكانك.

قال في غير المدونة: وإن أسلمت دنانير في شيء؛ ثم أقلت منه فلاناً؛ خذ بالدنانير دراهم؛ وإن حل الأجل.

وقال في الأكرية: ولا تتعجل من ذهب لك مؤجلة فضة نقداً أوذهباً من فضة مؤجلة مضروبين أو غير مضروبين.

ومن الصرف: وإن أعطاك سلعة لتبيعها وتقبض الثمن في دينك جاز؛ إلا أن يعطيك سلعة من صنف ما بعت منه بدينك وهي أفضل؛ فأما إن كانت مثلها في الصفة والجودة والقدر فأقل أو أدنى؛ فلا تهمة في ذلك؛ وهو جائز.

قال مالك: ومن له عليك دراهم؛ فلا يعجبني أن تعطيه ديناراً ليصرفه ويستوفي دراهمه؛ وأخاف أن يحبسه فيصير مصرفاً من نفسه؛ وكذلك الفلوس(1).

ومن لك عليه دراهم؛ فلا تقل له: صرّف الدراهم التي لي عليك بدينار وجئني به؛ وكأنك فسختها عليه فيه؛ أو أجرته بها ليشتريه لك.

وكذلك إن كان لك عليه طعام من بيع؛ فقلت له: بعه لي وجئني بالثمن، ويدخله أيضاً بيعه قبل قبضه.

وإن كان رأس مالك فيه عيناً فباع بخلافه من العين دخله مع ذلك تأخير الصرف، وإن باع بصنفه أزيد أو أنقص، دخله الربا مع ذلك.

قال محمد قال ابن القاسم: ومن له عليك [(م: 167/ب)] نصف دينار فأعطيته ديناراً ليصرفه فيستوفي نصفه ويأتيك بنصفه؛ فذلك جائز.

واختلف فيه قول مالك(2).

وأما إن كان له عليك دراهم؛ فلا يجوز، وكذلك في دفع ورق عن ذهب ليصرفه ويستوفي.

قال ابن القاسم: وإن صرفت منه دنانير بدراهم؛ على أن يعطيك بها سمناً أو زيتاً

---

(1) انظر: المدونة: 6/ 171.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 5/ 396.

تسمي صفته ومقداره نقداً؛ أو مؤجلاً -يريد كآجال السلم- فذلك جائز؛ والكلام الأول لغو(1).

وكذلك لو قلت: على أن أقبضها، ثم أشترى منك بها هذا الثوب؛ فذلك جائز.

وإن وجدت في الثوب عيباً؛ لم ترجع إلا بدينارك؛ لأن البيع وقع بالثوب واللفظ لغو؛ وليس من بيعتين في بيعة.

ولو صارفته ديناراً بدراهم؛ ثم ابتعت بها منه سلعة مكانك؛ أو قبضت منه نصفها وأخذ منه بنصفها سلعة مكانك؛ فذلك جائز.

فإن رددت السلعةَ لعيب؛ رجعت بدينارك؛ وانتقض صرفك.

ولا تصرف منه نصف دينارك؛ أو ثلثه؛ لأنه وإن قبض الدينار لا يتبين بحصته.

قال أشهب: وقد بقي بينهما عمل الشركة(2).

و لو قاسمكه فإنما تقتسمان دراهم؛ فدخل دراهم من دراهم.

قال ابن القاسم: ولا بأس أن تصرف ديناراً من رجلين؛ ويقبضه أحدهما بإذن الآخر؛ ويصرف رجلان ديناراً من رجل؛ أونقره ذهب؛ أو تبيع حصتك من النقرة من شريكك فيها إذا انتقدت.

قال أشهب: ولا بأس ببيع حصتك منها من أجنبي؛ إن قبض المبتاع جميع النقرة(3).

قال يحيى: لا يعجبني؛ وهي كالدنانير.

وذكر ابن المواز عن مالك: ألا يباع نصفها من غير الشريك وإن حضرت؛ إلا بعرض.

قال أبو محمد: وقول أشهب أبين مما قال يحيى؛ لأن قسمة الدينار قسمة فساد؛ ولا فساد في النقرة.

ولو صرفت منه ديناراً؛ ثم استزدته بعد أيام فزادك درهماً نقداً أو إلى أجل؛ فجائز؛ ولا ينتقض الصرف؛ وليس لك رد الزيادة بعيب فيها.

---

(1) انظر: المدونة: 6/186 .

(2) انظر: المدونة: 6/197.

(3) انظر: المدونة: 6/197.

وإن كان الدينار رديا فرده أخذ منك الذي زادك مع دراهمه؛ لأنه للصرف زادك فترد برده.

وكذلك الهبة بعد البيع [للبائع]؛ يريد إن ردت السلعة بعيب[1].

وكذلك لا بأس بزيادة دراهم في رأس مال السلم؛ بعد شهر.

محمد: قال أشهب عن مالك: إن صرف منه ديناراً؛ ثم رجع إليه فقال نقصتني عن صرف الناس؛ فزاده درهماً؛ فإن وجد الدرهم زايفاً بعد ذلك أبدله وحده؛ ولا ينتقض الصرف؛ فإن وجد في الدراهم الأولى زائفاً فرده؛ انتقض الصرف[2].

ومن السلم الثاني: وإن صارفته؛ ثم لقيته فأقلته ودفعت إليه ديناره؛ ثم فارقك قبل رد دراهمك؛ لم تجز الإقالة.

وكذلك لو ابتعت منه سيفاً محلى نصله تبع لفضته بدنانير؛ ثم أقلته منه [(م: 168/أ)] ودفعته إليه؛ وتأخر قبضك للدنانير؛ لم تجز الإقالة؛ وهي كبيع حادث[3].

ومن الصرف قال: وإذا تأخر بعض الصرف؛ فسد جميعه؛ مثل أن يشتري حُلياً بدراهم فينقد بعضها ويتأخر البعض؛ أو تصارفه ألف درهم بمائة دينار فنقدته خمسين وقبضت خمس مائة درهم ثم افترقتما؛ أو صرفت منه مائة دينار عليه بألف درهم قبضت منها تسع مائة ثم فارقته؛ فالجميع منتقض[4].

ولا يجوز حصة النقد ولو تناقدتما الجميع؛ ثم وجدت خمسين ديناراً ردية انتقض حصتها فقط؛ لأن هذا صرف صحت عقدته؛ ولو رضي بالردية؛ جاز جميعه.

وقد أجاز ابن شهاب البدل في الصرف بغير شرط، وأباه مالك[5].

ومن كتاب ابن المواز، ومنه من المدونة: وإن صرفت دنانير ثم وجدت درهماً

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي: 3/113.

(2) انظر: المدونة: 6/201.

(3) انظر: المدونة: 6/353، 354.

(4) انظر: المدونة: 7/433.

(5) انظر: المدونة: 6/158.

ردياً؛ انتقض صرف دينار.

وإن وجدت من الدراهم أكثر من صرف ديناراً؛ انتقض صرف دينارين؛ هكذا على هذا الحساب(1).

وإن بعت منه طوق ذهب بألف درهم له؛ كانت له عليك حالة ففارقك قبل قبض الطوق؛ ثم قبضه؛ فسخ ذلك؛ ورد الطوق واتبعك بألفه.

وإن صرفت منه ديناراً بعشرين درهماً؛ فقبضت عشرة؛ وقلت له: اعطني بعشرةٍ؛ عشرة أرطال لحم كل يوم رطلاً؛ لم يجز.

ولا يجوز تأخير ما مع الدراهم من عرض.

ولو ابتعت منه بنصف دينار سلعة مؤجلة فأعطيته بعد الصفقة ديناراً ليرد عليك نصفه دراهم بغير شرط؛ فلا خير فيه؛ لأنه صرف فيه سلعة تأخرت.

ولو ابتعت ثوباً وذهباً قليلة بدراهم؛ فتأخر درهمٌ منها؛ أو تأخر الثوب؛ لم يجز منه شيء.

ولا تباع الفلوس بدراهم أو بحلي نظرة؛ وتجري مجرى العين؛ إذا جازت بين الناس؛ يريد وإن لم تكن مثلها في التحريم؛ ولو جرت الجلود بين الناس مجرى العين المسكوك؛ لكرهنا بيعها بذهب أو ورق نظرة.

ولا يباع فلوس بفلسين نقداً ولا مؤجلاً، ولا بأس بصرف دينار بدراهم وفلوس.

ولا يجوز في الصرف خيار، ولا رهن، ولا شرط، ولا حوالة.

ولا خير في أن يبتاع وارث، أو أجنبي من الميراث حلي فضة؛ أو ذهب؛ أو ما فيه ذلك حليُه أقل من الثلث؛ يريد بما يجوز بيعه به من العين؛ وتكتب على نفسه ويتأخر الوزن، أو يؤخر الوارث المحاسبة، أو ليقوما إلى السوق لينقده.

وإن لم يتفرقا لم ينبع؛ إلا أن يتناقدا حين التعاقد مكانهما.

من ابتاع سيفاً فيه حلية فضة كثيرة نصله تبع لها بدنانير؛ فقبضه؛ ثم باعه مكانه من رجل إلى جنبه قبل النقد؛ ثم نقد الثمن؛ لم ينبع ذلك؛ ولكن يمضي البيع بالثمن؛ إذا نقد مكانه.

وأما إن فارقه قبل النقد ثم باعه؛ كان البيع الأول فاسداً فات رده البيع الثاني؛

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 5/375.

فعلى [(م: 168/ب)] المبتاع الأول قيمة السيف من الذهب يوم قبضه؛ كبيع فاسد.

ولو كانت الفضة الأقل؛ فبيع بذهب إلى أجل؛ فإن أدرك ولم ينقض ولم يفت؛ فسخ البيع.

وقد أجاز ربيعة: بيع ما حليته من الفضة تبع له من سيف؛ أو مصحف بذهب إلى أجل، وكرهه مالك من غير تشديد[1].

قال سحنون في غير المدونة: في السيف الكثير الفضة؛ تنقض فيه البياعات كلها وترد.

فإن فات عينه رد وزن الفضة وقيمة النصل؛ ولو كانت حليته تبعاً له؛ جاز بيعه بنقد وإلى أجل بذهب.

ولو استحقت الحلية وهي تبع؛ لم ينقض البيع؛ ولم يرجع بشيء؛ إذ لا حصة لها من الثمن كمال العبد[2].

قال ابن القاسم: ولو أن هذا السيف الكثير الفضة لم يبعه مبتاعه؛ لم يفته عندي حوالة سوق؛ وأنقضه كالصرف.

ولا يفيت الذهب والفضة تغير سوق؛ وإن أصابه بيده عيب فانقطع وانكسر جفنه؛ فعليه قيمته يوم قبضه.

قال سحنون: بل قيمة الجفن والنصل ووزن الفضة[3].

وإذا وجدت في الصرف رديأ؛ أو نقصاً؛ فلم تتجاوزه؛ انتقض الصرف فإن تجاوزته تم إلا أن ينقص من العدد مثل أن ينقص من العدد درهم ونحوه؛ فلا يجوز أن يتجاوزه عنه؛ لوقوع الصرف فاسداً بتأخير بعضه.

قال ابن القاسم في المستخرجة: ليس له أن يتجاوز النقص وإن كان يسيراً أجيز الصرف[4].

---

(1) انظر: المدونة: 6/194.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 5/391 .

(3) انظر: المدونة: 6/166 و167.

(4) انظر: البيان والتحصيل: 7/41، 42.

وقال قبل ذلك: إن كان الشيء اليسير كالدانق ونصف الدانق؛ فلا بأس أن يتجاوزه؛ ولا ينتقض الصرف

قال مالك: فيمن صرف ديناراً بتسعة عشر درهماً؛ فلم يجد معه إلا ثمانية عشر ونصف؛ فوضع عنه نصف الدرهم؛ قال: لا بأس أن يضعه ويأخذ ما شاء.

قال محمد: لأنه لم يفارقه.

وأجاز أشهب: الرضا بالنقصان في الصرف وإن فارقه.

ومن غير المدونة[1].

وإذا رددت إليه دراهمه؛ إذْ وجدت درهماً زائفا؛ جاز أن تؤخره بذلك؛ إذا ثبت الفسخ بينكما.

وإن وجدت درهماً يرد لعينه طيب الفضة؛ فلك رده؛ وتقض الصرف إلا أن يرضاه.

وأما من صرف فلوساً بدراهم؛ ثم وجد بعض الأفلس ردئة؛ فأرجو أن يكون البدل في ذلك خفيفاً للاختلاف فيها.

ولما أجازه ابن شهاب من ذلك في غيرها[2].

وقال في كتاب القراض: وروى عبد الرحيم أن مالكاً أجاز بيعها بالدنانير والدراهم نظرة[3].

وإذا بعت آنية فضة بدنانير أو دراهم؛ فاستحقت الدنانير أو الدراهم؛ انتقض البيع لأنه صرف؛ بخلاف بيع العرض بهما.

وإن صرفت دنانير بدراهم فاستحقت؛ انتقض الصرف.

وقال أشهب: لا تنتقض؛ إلا أن تكون دراهم معينة؛ فإن لم تكن معينة تريه إياها وإنما باعه من دراهم عنده؛ فعليه من كيسه مثلها؛ ما لم يتفرقا[4].

---

(1) انظر: البيان والتحصيل: 6/472.

(2) انظر: المدونة: 6/201 .

(3) انظر: المدونة: 8/410 .

(4) انظر: النوادر والزيادات: 5/372.

قال ابن القاسم: ولو أنه إذا استحقت ساعة صارفه قال له: خذ مثلها مكانه قبل التفرق؛ جاز [(م: 169/أ)]؛ ولو طال أو تفرقا؛ لم يجز(1).

وإن ابتعت خلخالين بدنانير أو بدراهم فنقدته؛ ثم استحقها رجل بعد التفرق فأراد إجازه ذلك وابتاع البائع بالثمن؛ لم يجز ذلك.

ولو استحقها قبل تفرق المتبايعين مكانهما واختار أخذ الثمن؛ فلا بأس به؛ إن حضر الخلخالان.

ولو كان قد بعث بهما المبتاع إلى بيته؛ لم يجز؛ ولو افترقا لم أنظر إلى ذلك الافتراق؛ ولكن إذا حضر الخلخالان وأخذ المستحق الثمن من البائع أو من المبتاع مكانه؛ فذلك جائز، وإن غاب الخلخالان؛ لم يجز.

قال أشهب: هذا استحسان؛ والقياس الفسخ؛ لأنه صرف فيه خيار(2).

ولا بأس بالصرف من عبدك النصراني كالأجنبي(3).

---

(1) انظر: المدونة: 6/195.

(2) انظر: المدونة: 6/196 .

(3) عياض: وقوله: (أرايت عبداً لي صيرفيا، أيجوز لي أن أصارفه؟ قال: نعم، عبدك وغير عبدك سواء) كذا عندي، وعليه اختصره كثير من المختصرين.
وكذا جاء في المبسوط والأسدية، ولهذا قال ابن أبي زمنين في اختصاره: إذا كان مسلما.
وفي بعض النسخ نصرانياً مكان صيرفيا، وعلى هذا اختصره أكثرهم.
وفي بعض المختصرات: صيرفيا نصرانيا.
ظاهره إنما سأله من أجل عملهم بالربا واستحلالهم له بدليل قوله بعد: (وكره مالك أن يكون النصارى صيارفة في أسواق المسلمين لعملهم بالربا).
وهذا يدل أن الرواية الصحيحة: نصرانيا.
وبعضهم تأولها على مصارفته إياه بالربا فمنعه؛ ولهذا قال: إنه كغيره من الناس، وإن الربا بينه وبين عبده لا يجوز، وهذه تصحح رواية إسقاط نصراني.
وابن وَهْب يجيز الربا بين السيد وعبده وهو على الاختلاف: هل معاملته معاوضة صحيحة أو هو انتزاع؟ وعلى الاختلاف: هل العبد مالك حقيقة أم لا؟ وعلى هذا تنبني مسائل كثيرة من المذهب.
وقيل: معنى المسألة أن العبد النصراني كان يتجر بمال نفسه؛ إذ لا يجوز لسيده أن يأذن له في التجارة بماله. وقيل: يحتمل أنه أراد إذا وقعت المسألة ونزلت معاملته معه مضت، وأنه كغيره

وأكره مقام النصراني في أسواقنا لصرف أو غيره[1].

ومن الآجال: وإن بعته سلعة بعشرة دنانير إلى شهر؛ على أن يعطيك بالعشرة عند الشهر مائة درهم؛ فذلك جائز؛ وليس بصرف مؤخر والصفقة بالدراهم واللفظ لغو[2].

وكذلك على أن يعطيك بالدنانير حماراً، أو ثوباً من صفته كذا، وليس يقدران هٰهنا أن يفعلا ما لا يجوز؛ بخلاف ما يأتنفا صحته بعد فساد عقدة من بيع سلعة بذهب بسلعة بذهب؛ ويشترطان إخراج الذهبين لم يريدا ألا يخرجاها ليجيز البيع[3].

ما يجوز من صرف وبيع وما لا يجوز منه وما يباع به الشيء المحلى وما يكره اتخاذه

روى طاووس اليماني حديثاً عن النبي ﷺ في إجازة بيع السيف المحلى فضته؛ تبع لنصله بفضه؛ وهو مما أبيح اتخاذه وفي نزعه.

قال ربيعة: وكذلك المصحف والخاتم.

ونهى أهل العلم عن البيع والصرف؛ ورأوه من الذرائع؛ إلا ما استخفوه مما يبعد عن الصرف لقلته.

قال ربيعة: ومن مكروهه إنه إن وجد عيباً بالسلعة؛ انتقض الصرف.

قال مالك: فلا يجوز مع البيع صرف؛ ولا نكاح أو قراض أو شركة أو جعل أو

= من النصارى.

واختصره بعضهم: عبدك وعبد غيرك من الناس سواء.

ويحتمل أنه وإن تجر بمال سيده، فإنما يكون ذلك له بمحضر سيده، فتجوز له معاملته.

قيل: وإنما تجوز مصارفته من عبده النصراني أو غيره بغير السكة التي فيها اسم الله لكراهة مسهم لها ودفعها إليهم.

انظر: التنبيهات المستنبطة لعياض ص: 1506.

(1) انظر: المدونة: 172/6 .

(2) انظر: تهذيب البراذعي: 142/3.

(3) انظر: المدونة: 22/7.

مساقاة[1].

قال مالك فيمن ابتاع سلعة ودراهم بدنانير: فإن كانت الدراهم يسيرة أقل من صرف دينار مثل عشرة دراهم ونحوها؛ جاز ذلك نقداً، ولا خير فيه إلى أجل[2].

فإن كانت الدراهم مثل صرف دينار فأكثر؛ لم يجز؛ وإن تناقدا.

وأما بيع سلعة ودراهم؛ بدراهم؛ فلا يجوز؛ نقداً ولا إلى أجل.

ولا بأس بذهب بفضة؛ مع إحداهما أو مع كل واحدة منهما سلعة يسيرة فإن كثرت السلعة؛ لم يجز؛ إلا أن يقل ما معها من ذهب أو فضة وهذا كله نقداً.

ولا بأس ببيع سلعة وعشرة دراهم بدنانير؛ وهذا كله نقداً.

محمد: قال ابن القاسم: إنما جوزه مالك في أقل الدينار يبتاع ثوباً بثلثي ديناراً، أو ثلاثة أرباع فيدفع ديناراً ويأخذ بقيمته دراهم.

فإن كان الورق أكثر الدنانير؛ فلا خير فيه[3].

قال ابن حبيب: ذلك جائز [(م: 169/ب)] في الدينار الواحد؛ قلت الدراهم أو كثرت؛ وذلك كله نقداً.

ومن ابتاع عروضاً ودراهم بدينارين أو ثلاثة؛ فإن كانت الدراهم أقل من صرف دينار؛ جاز.

فإن بلغت صرف دينار؛ فهو مكروه؛ وهو بيع وصرف.

وقد كره اجتماعهما ربيعة ومالك وغيرهما وأكثر أصحابه؛ واستخفه بعضهم؛ والكراهية أحب إلينا[4].

قال ابن القاسم: وإن بعت منه سلعه ودراهم يسيرة بذهب؛ فقال: أنا أنقدك من الذهب حصة الدراهم؛ ويتأخر ما قابل السلعة؛ لم يجز؛ لما يتأخر من الذهب حصة من الدراهم ولا سلعة بسلعة مع كل سلعة ذهب وإن قلت؛ ودراهم وإن قلت؛ وكذلك

---

(1) انظر: المدونة: 6/ 181.

(2) انظر: المدونة: 6/ 159.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 5/ 382 و383.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 5/ 383.

فضة بفضة مع كل فضة أو مع إحداهما سلعة يسيرة[1].

وكذلك الذهبين.

ومن الآجال: ولا بأس أن تبيع عبدك بعشرة دنانير من رجل؛ على أن يبيعك الرجل عبده بعشرة دنانير بسكة واحدة؛ لأن المالين مقاصة؛ ولا يصلان بقبح اللفظ إلى فساد الفعل؛ إذا لم يشترطا التناقد؛ فأما إن اشترطا إخراج المالين؛ أو لضمره إضماراً يكون عندهما كالشرط؛ لم يجز.

ثم إن أراد بعد الشرط أن يدعا التناقد؛ لم يجز؛ لوقوع البيع فاسداً؛ وإذ هما قادران بالشرط على فعل فاسد.

ومن الصرف: قال ابن المسيب: وأكره لك إن بعت طعاماً بدينار ونصف درهم؛ أن تأخذ بالنصف الدرهم طعاماً[2].

قال يحيى بن مروان: إنما كره أنه أعطاه حنطة من غير الحنطة التي ابتاع منه؛ فصارت حنطة ودينار بحنطة وفضة؛ فصار الفضل بين الطعامين.

وإن كانت الحنطة التي يعطيه من التي ابتاع منه قبل أن يقبضها دخله بيع الطعام قبل استفائه[3].

قال مالك في المستخرجة: إن ابتاع حنطة بدينار وازن فأعطاه ناقصاً ورد عليه من الحنطة؛ فلا يعجبني ذلك؛ إذا ثبت البيع بوازن؛ ولو ثبت بناقص؛ فلا تعطه وازناً؛ ولا تأخذ منه فضل شيء من الأشياء[4].

قال ابن القاسم: ولا بأس أن تأخذ من المبتاع درهماً؛ وتعطيه ببقيته طعاماً[5].

ومن القسم: ولا يجوز بدل حنطة ودراهم بحنطة ودراهم؛ والكيل والوزن

---

(1) انظر: المدونة: 6/188.

(2) انظر: المدونة: 6/186.

(3) انظر: المدونة: 6/186.

(4) انظر: البيان والتحصيل: 6/434.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 5/361 .

واحد[1].

وإن كان مع كل قفيز درهم فما فوقه؛ لم يجز[2].

ومن الصرف: ولا بأس ببيع الدرهم؛ ببعضه فلوس وبعضه فضة؛ ورآها كالعرض هٰهنا[3].

وأرخص في الدرهم؛ يشترى بنصفه أو بثلثيه سلعة ويأخذ ببقيته فضة؛ لأنه مما لا غني عنه.

وكرهه إن كانت الفضة الأكثر ويدخل فيما يكره من عرض وفضة بفضة.

ولا بأس بشراء السلعة بدينار إلا درهماً وإلا درهمين نقداً أومؤجلاً؛ فإن تأخر الدينار وحده أو الدرهم وحده وتأخرت السلعة أو عجلت؛ لم يجز.

وإن تأخر الدينار والدرهم إلى أجل واحد؛ وعجلت السلعة؛ جاز.

قال محمد: ولم يختلف [(م: 170/أ)] في هذا قول مالك وأصحابه.

قال ابن القاسم: فإن تناقد الدينار والدراهم وتأخرت السلعة؛ لم يصلح.

قال: وكرهه مالك.

وقد أجازه في رواية أشهب.

قال محمد: وروى ابن عبد الحكم عن مالك: أنه أجاز أن يتعجل الدينار ويتأخر الثوب والدراهم.

قال ابن القاسم: رجع مالك عن هذا؛ وقال: إنما رخص في ذلك في صكوك الجار[4].

فإن كانت بدينار إلا ثلاثة دراهم لم أحب ذلك إلا نقداً.

وجعل ربيعة الثلاثة كالدرهمين.

---

(1) انظر: المدونة: 10/74.

(2) انظر: المدونة: 6/427.

(3) انظر: المدونة: 6/172 و173.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 5/383.

ولم يجز مالك الدرهمين إلا زحفاً[1].

وروي عن مالك: إجازته في غير المدونة في ثلاثة دراهم.

فإن كثرت الدراهم إلا خمسة أو إلا عشرة؛ لم ينبغ التأخير في شيء منه للغرر فيما يغترق ذلك من الدينار عند الأجل إن حال الصرف، وذلك يخف في الدرهمين أجازة الناس[2].

قال محمد: ولو كانت السلعة بعشر دنانير؛ إلا عشرة دراهم؛ لم يجز إلا نقداً كله؛ وقاله ابن القاسم عن مالك في المستخرجة.

ابن القاسم: ولو باع سلعة بدينار إلا قفيز حنطة نقداً؛ جاز كان الدينار نقداً أو مؤجلاً؛ هذا إن كان القفيز عنده؛ وإلا لم يجز؛ ودخله بيع ما ليس عندك[3].

قال يحيى بن سعيد: إن ابتاع سلعة بنصف دينار فدفع ديناراً واحد بيعت دراهم نقداً وتأخرت السلعة؛ فذلك مكروه.

قال ابن القاسم: وإن ابتعت سلعة بثلثي دينار فأعطيته بعد تمام البيع ديناراً ليبقى لك عليه ثلثه ديناً بغير شرط ولا وأي[4] ولا عادة؛ فذلك جائز[5].

محمد قال ابن القاسم: ولا بأس أن تجعل باقيه في سلعة إلى أجل.

يريد محمد عند ما دفعه.

قال محمد قال ابن القاسم: ما لم يكن الثلثان أو النصف الدينار دراهم أسلفه إياها؛ أو كان نصف دينار ذهب مضروب فأما من ثمن سلعة؛ فلا بأس به؛ إن حل الأجل وإن كان حالاً، فإن لم يحل؛ لم يجز[6].

قال وإن ابتعت سلعة بخمسة دنانير إلا درهماً؛ أو إلا درهمين؛ أو إلا ثلاثة؛ فنقدت أربعة دنانير؛ وتأخر الدينار والدرهم؛ أو الدرهمان؛ أو يعجلا وتأخرت الأربعة

---

(1) انظر: تهذيب البراذعي: 3/104.

(2) انظر: المدونة: 6/178.

(3) انظر: المدونة: 6/182 و183 .

(4) عياض: وَأْي - بإسكان الهمزة - أي وعد. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1516.

(5) انظر: المدونة: 6/180.

(6) انظر: النوادر والزيادات : 5/387.

دنانير؛ لم يجز؛ إذ للدراهم في كل دينار حصة.

ولو ابتعتها بخمسة دنانير إلا ربعاً أو سدساً؛ جاز تعجيل أربعة وتأخير الباقي؛ أو تأخير الأربعة ودفع دينار وأخذ سدسه أو ربعه مكانك؛ لأن الجزء من دينار واحد ولا يجري في سائرها.

وكره العلماء: استعمال آنية الذهب والفضة، أو لتتخذ منها مخامر، أو مداهن ونحوه، وأن يبتاع ذلك، وما حلي بهما، أو بأحدهما من لجام مموه[1]، أو سرج وركاب وقدح وسكين؛ قلت الحلية في هذا أو كثرت[2].

وما حلي من ذلك بفضة وإن قلت فلا يباع بفضة؛ بخلاف السيف ونحوه ولا ينبغي اتخاذ هذه الأشياء؛ إلا ما [(م: 170/ب)] أبيح اتخاذه من حلية الخاتم والسيف والمصحف بالفضة.

فأما ما سوى ذلك [...][3]؛ لم يرخص فيه؛ فلا يباع بمثل ما حلي به.

وأما السيف أو المصحف أو الخاتم؛ فإن كان ما فيه من الفضة تبع كالثلث من الفضة فأدنى؛ جاز بيعه بفضة نقداً، وأكره بيعه بالفضة؛ إن كثرت الحلية[4].

---

(1) عياض: معنى المُمَوه: المَغْري المَطْلي. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1524 .

(2) انظر: المدونة: 6/192.

(3) كلمة غير واضحة بالأصل.

(4) قال عياض: وقوله: [(تكون حليته الثلث فأدنى)] معظم شيوخنا أن هذا حد القليل والتبع وما زاد عليه فليس بتبع وإن قل. قال الباجي: لم يختلف أصحابنا في النص على ذلك. وقال التونسي: إنه إن زاد على الثلث القليل لم يجز. وخرج الباجي من جواز مسألة الشراء بنصف درهم ورد درهم صغير أن التبع النصف، قال: ومن أصحابنا العراقيين من يرى النصف في حيز القليل.
وهل يكون المراعى في هذا الثلث قيمة الفضة مصوغة من قيمة الجميع أو وزنها من قيمة النصل والجفن؟ اختلف شيوخنا في ذلك، وظاهر الموطأ وكتاب محمد بن عات مراعاة القيمة من الجميع.
وجاء في المدونة: [(وعلى البائع الثاني قيمة السيف من الذهب يوم قبضه)] ؛ ظاهره قيمة جميعه من فضة ونصل ، خلاف ما وقع لسحنون - هنا - ولبعض الشيوخ في المسألة الأولى.
وقول سحنون [(في الذي نصله تبع لفضته إذا فات بالبيعة الثانية الصحيحة هذا من الربا، وتنقض فيه البياعات كلها حتى يرد إلى ربه، إلا أن يتلف البتة ويذهب فيكون على مشتريه قيمة الجفن والنصل ووزن ما فيه من الفضة؛ لأن الفضة ليس فيها فوت، وكذلك إذا انقطع السيف أو انكسر =

الجفن، فإنما عليه قيمة النصل والجفن ووزن الورق، وليس ما قال ابن القاسم: إن عليه قيمته من الذهب)] ثبتت في بعض النسخ من الكتاب، وسقطت في أكثر الروايات، وعلى أنها من غير المدونة أدخلها ابن أبي زيد وابن أبي زمنين وأكثر المختصرين والشارحين.

وقول سحنون هذا على أصله في البيوع المجتمع على تحريمها أن البياعات تنقض فيها أبدا، ويرد إلى ربه، وله أن يجيز أي بيعة شاء من الصحيح وأنه لا يفيته بيد مشتريه شيء وضمانه من بائعه وإن هلك بيد مشتريه ببينة، فضمانه من البائع إلا أن يكون الهلاك من سببه أو بدعواه.

وقد اعترض أبو محمد بن أبي زيد قول سحنون: وزن الفضة، وقال: كيف يردها وهي مصوغة وقد يزاد في الثمن لها؟ وتأول اللخميّ أن معنى قوله: ووزن الورق؛ أي مصوغا، قال: وهذا على أحد قولي مالك في القضاء في المصوغ بالمثل، وحمله غيره على ظاهره وأنكر ما قال، وأنه ليس أصلهم.

وذكر في الكتاب بعد هذا مسألة (الحلي يكون فيه الذهب والفضة، وأحدهما ثلث والآخر ثلثان: إنه لا يباع بشيء مما فيهما، ولكن بالعرض) وعند أَشْهَب وعلي: يباع بأقلهما.

ورواه علي عن مالك، وقد حكاها ابن القاسم عنه في المستخرجة وكتاب محمد، وقال: رجع مالك فقال: لا يباع بذهب ولا ورق على حال.

ظاهر مسألة الكتاب أن جميعه ذهب وفضة، وعليه تأولها فضل؟ ولو كان فيه لؤلؤ وحجارة مركب ومشبك بهما، ففي كتاب ابن حبيب: إن كانا جميعا تبعا للحجارة بيع بأحدهما نقدا.

قال القاضي ﷺ: ومثال ذلك أن تكون قيمة اللؤلؤ والحجارة مائة، وفيه من الذهب والفضة خمسون، اتفقا أو تفاضلا؛ لأنك متى أفردت إحدى العينين كانت أقل من الثلث، فإذا اجتمعتا كانتا ثلثا فكل واحد من العينين تبع لصاحبه وللجوهر الذي معه، كذا فسرها فضل.

قال ابن حبيب: وإن كانا جميعا أكثر من التبع فلا يحل بيعه بواحد منهما، مثال ذلك أن يكون ما فيهما من الذهب والفضة تسعون أو ثمانون، ومن الحجارة ما قيمته مائة، فإن كان أحدهما تبعا والآخر أكثر من التبع فلا بأس ببيعه بالتبع، ولا يباع بالأكثر ومثاله أن تكون قيمة الجوهر مائة، كما قلنا والذهب سبعون والفضة عشرة. فإن سبعين أكثر من جملة المائة التي هي مائة وثمانون أو يكون الذهب مائة والجوهر خمسين والفضة خمسين.

قال فضل: وروايته - هنا - على رواية أَشْهَب، فأما ابن القاسم فإنما أجاز أن يباع بالتبع فدون إذا كان أحدهما مع الجوهر فقط حتى إذا كانا جميعا مع الجوهر لم يجز أن يباع بواحد منهما، وإن كانا جميعا تبعا للجوهر الذي معهما، وهذا على القول الذي رجع إليه مالك، وعلى ما في كتاب ابن حبيب هو الذي حكاه ابن القاسم في المستخرجة.

قال القاضي ﷺ: وكان يجب على رواية ابن القاسم وغيره إذا كان مع العينين لؤلؤ أو حجارة، وكانا تبعا أن يباع بأقلهما أو بأكثرهما ولا مانع من ذلك؛ لأنه إذا جاز عنده إذا كان وحده أن يبيعه كذلك العين التي هي تبع أو إذا كان غير تبع أن يبيعه بخلافه، فما يمنع من بيعه بما شاء منهما إذا كان تبعا؟

وإنما كلام ابن القاسم في الحلي من الذهب والفضة خالصاً دون حجارة... كما قدمناه. ويدل على

ولا يجوز بيعه بفضة أو بذهب إلى أجل؛ قلّت الحلية أو كثرت.

ويجوز بذهب نقداً؛ قلّت الحلية أو كثرت[1].

قال في كتاب القسم: إن كان بيد كل واحد منهما سيف فضة كل واحد أقل من الثلث أو فضة أحدهما أقل من الثلث؛ فلا بأس ببيع أحدهما بالآخر؛ وإن كانت فضة كل سيف أكثر من الثلث؛ لم يجز ذلك[2].

وقال في الحلي والسيف المحلى: يكون فيه من الحلي الثلث؛ يباع بفضة أو بذهب إلى أجل: إنه يفسخ ذلك ما لم يفت عينه.

فإن فات بتفصيل حليته؛ أمضيته؛ لأن بيعه قد أجازه.

وإنما كرهه مالك ولم يشدد فيه الكراهية؛ وكأنه نحا به ناحية العرض.

وقد كرهه غير واحد. وأجازه سحنون.

ولا يباع حلي فيه ذهب وفضة؛ بذهب؛ ولا فضة نقداً؛ كانت الفضة الأقل أو الذهب، ويباع بالعروض والفلوس.

وأجاز علي بن زياد وأشهب؛ أن تباع بأقلهما فيه، ورواه علي عن مالك[3]، ولا خير في فضة وذهب بذهب ولا بإناء ذهب.

ذلك جوازه مقاسمة الحلي في كتاب القسمة [(إذا كان فيه من اللؤلؤ والجوهر الثلثان ومن الذهب والفضة الثلث فأدنى، وكذلك السيوف المحلاة وإمضاؤه قسمتها على القيمة)]. وما وقع في كتاب محمد من هذا، واختلاف قول مالك، وما ذكر فضل معناه عندي فيما كثر من ذلك ولم يكن تبعا.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1494، وما بعدها.

(1) انظر: المدونة: 6/189 و190.

(2) انظر: المدونة: 10/51.

(3) انظر: المدونة: 6/191.

جامع القضاء في الصرف وما ضارعه والبيع بالدرهم الردي

قال: ولا بأس ببيع دينار بمائة درهم؛ أو ابتياعه بدرهمين طوعاً بذلك؛ إن أعطاك من دينار لك عليه دراهم فلم ترض حتى زادك في الصرف؛ فهو جائز.

وإذا صرف منك ديناراً فلما وزنت به الدراهم أراد مقاصتك بدينار له عليك؛ فإن رضيت جاز؛ وإلا غرم دينار الصرف وطالبك بديناره.

وإن أعطاك دينار لم ترض سكته فلك نقد البلد؛ إن لم تسميا شيئاً؛ فإن اختلف نقدهم؛ فلا صرف بينكما.

وإن وهبته من دينار لك عليه نصفه؛ فله قضاءك باقيه دراهم؛ وتجبر على أخذها؛ إن كانت كصرفه يوم القضاء.

وكذلك إن بعت منه سلعة بنصف دينار؛ وإن ابتعت سلعة بنصف دينار، أو ثلث، أو ربع؛ وقع البيع بالذهب.

وإن ابتعت بنصف درهم، أو بربع درهم، أو بدانق[1]؛ وقع على الفضة، ويجوز أن تدفع في الوجهين ما سميتا بالتراضي، فإن تشاححتما قضي عليك في جزء الدينار بدراهم؛ وفي جزء الدرهم بفلوس؛ تصرف يوم القضاء [(م: 171/أ)] لا يوم التبايع.

وإن ابتعت شيئاً بدانق من فلوس نقداً أو مؤجلاً؛ فإن سميتما ما للدانق من الفلوس، أو كان ما للدرهم من الفلوس معروفاً عندكما حينئذٍ؛ جاز؛ ووقع البيع على الفلوس، وإن جهلتما ذلك؛ لم يجز.

قال سحنون في شراء سلعة ببعض درهم؛ ويرد عليه بقية الدرهم؛ إنما يجوز ببلد ليس فيه فلوس[2].

---

(1) عياض: والدانَق والدانِق معاً - بالفتح والكسر - جزء من الدرهم. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1537.

(2) انظر: المدونة: 6/245.

ورأيت لابن القاسم: أنه جائز؛ وإن كان ببلد فيه فلوس.

وإن قال أبيعك بنصف دينار على أن آخذ به دراهم نقدًا؛ فإن عرفا مبلغ الصرف حينئذ جميعاً جاز؛ إذا شرطا كم الدراهم من الدنانير؛ وإلا لم يجز.

فإن قال: على أن آخذ به دراهم إلى أجل؛ لم يجز؛ لأنها مجهولة؛ إلا أن يقول: كذا وكذا درهماً؛ فيجوز؛ ويقع البيع بها.

وكذلك في البيع بدينار على هذا، أو يصير ذكر الدينار لغو، أو إن بعته بنصف دينار مؤجل؛ فلا تأخذ به دراهم قبل الأجل؛ ويجوز بعد محله.

ويجوز أن تأخذ به عرضاً، بخلاف ما بعت قبل الأجل، أو بعده.

ولا بأس أن تأخذ من دينار أقرضته بسدسه، أو بما شئت من أجزائه دراهم، إذا حل الأجل، أو كان حالاً، و إلا لم يجز.

ولا بأس أن تأخذ بجزء منه عرضاً نقداً؛ ثم لا تأخذ ببقيته في الوجهين ذهباً فيؤول إلى ذهب وورق بذهب؛ أو عرض وذهب بذهب؛ وأجازه أشهب[1].

ولا بأس أن تأخذ بما بقي عرضاً؛ وإن أخذت ببعضه دراهم وقد حل؛ فلا بأس أن يأخذ ببقيته عرضاً، أو دراهم وعرضاً، ولك أن تأخذ أولاً ببعضه وإن لم يحل عرضاً؛ ثم تأخذ ببقيته إذا حل إن شئت دراهم؛ أوعرضاً ودراهم ولا يجوز ذلك قبل محله.

ومن استقرضك بنصف دينار، أو ثلث دينار؛ فليس يقضي عليه إلا بدراهم؛ كما قبض مثل وزنها.

وكذلك إن دفعت إليه ديناراً؛ وقلت له: صرفه وخذ نصفه؛ ولو دفعته إليه فأقرضته نصفه فصرفه ورد إليك نصفه؛ فلك عليه نصف دينار بصرف يوم القضاء.

محمد: إن لم يقل له صرفه؛ ولكن قال خذ نصفه وجئني بنصفه؛ فإنما له نصف دينار بصرف يوم القضاء[2].

---

(1) انظر: المدونة: 6/191.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 5/399.

وإن كانت لك عليه فلوس من بيع أو قرض فأسقطت؛ لم تتبعه إلا بها؛ وقاله ابن المسيب في الدراهم إذا أسقطت.

ومن الرهون: وإن استقرضته دراهم فلوس؛ وهي يوم قبضتها مائة درهم؛ ثم صارت مائتين لم ترد إلا عدد ما قبضت من فلوس؛ وشرطكما غير ذلك باطل(1).

ومن الصرف: وأكره البيع بالدرهم الستوق(2) الرديء، والمبادلة به بجيد، وذلك معونة وداعية إلى الغش، وقد طرح عمر لبناً غش؛ فإن كسر؛ جاز البيع به؛ إلا أن يخاف أن يسبك؛ أو يسيل فيعاد فينبغي تمييز فضته بالسبك(3).

قال أشهب: إن رد لغش فيه؛ لم أر أن يباع بعرض أو بفضة حتى يكسر ولا أرى به بأساً على وجه الصرف أن [(م: 171/ب)] تبادله الدراهم الستوقه بالدراهم الجياد مراطلة وهذا إن لم يريدا به فضلاً بين الفضتين(4).

---

(1) انظر: المدونة: 6/242 و243.

(2) قال عياض: والدرهم السُّتُّوق، بضم السين والتاء وتشديدهما، كذا ضبطته - هنا - والصواب فتح السين وهو مما تغلط فيه العامة، وهو الرديء.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1537.

(3) لعل الصواب: طرح عمر ﷺ في الأرض لبناً غُشّ، أدباً لصاحبه، ولكن يقطعه، فإذا قطعه جاز بيعه إذا لم يغر به الناس ولم يكن يجوز بينهم. انظر: التهذيب : 3/130.

(4) عياض: وقول أَشْهَب: (لا بأس بالستوق بالدراهم الجياد وزناً، إنما هذا يشبه البدل)؛ ظاهره إجازة المغشوش مع الجيد. وقد قدم أول كلامه أنه مردود لغش فيه، وإلى هذا أشار ابن محرز وحوازه في القليل والكثير.
وذهب ابن الكاتب أن ذلك إنما يجوز في القليل؛ الدرهمين والثلاث؛ لقوله: كالبدل، فلا يجوز من ذلك إلا ما يجوز في البدل. واعترضوا على قوله وردوه؛ لأن البدل المراعى الجواز في قليله إنما هو في المعدود لا في الكفتين. وذهب أبو عِمرَان أن أَشْهَب لا يجيزه مراطلة، وأن معنى قوله: (إنه يجوز مراطلة لولا الغش). قال: وفي المراطلة بها نظر. قال: ويحتمل أن يكون قول أَشْهَب وفاقاً لابن القاسم، ويحتمل أن يكون خلافاً.
انظر: التنبيهات المستنبطة ص: 1537 و 1538.

قال: والدرهم الزائف الذي فيه نحاس؛ لا ينبغي أن يشترى به شيء حتى يقطع فيبتاع به إذا لم يغر به أحداً[1].

وقال في كتاب الصلح: كره مالك أن يصالح من دراهم له جياد على زيوف وهي المحمول عليها نحاس، أو بدراهم مبهرجة [2] وأكره البيع بها [والشراء][3] وإن بين وأرى أن تقطع.

قال ابن القاسم: وذلك للصيارفة فيما أرى؛ ولا أدري هل كرهها لجميع الناس؟ وأرى الصلح بها جائز؛ إن لم يغر بها أحداً؛ وكان يقطعها[4].

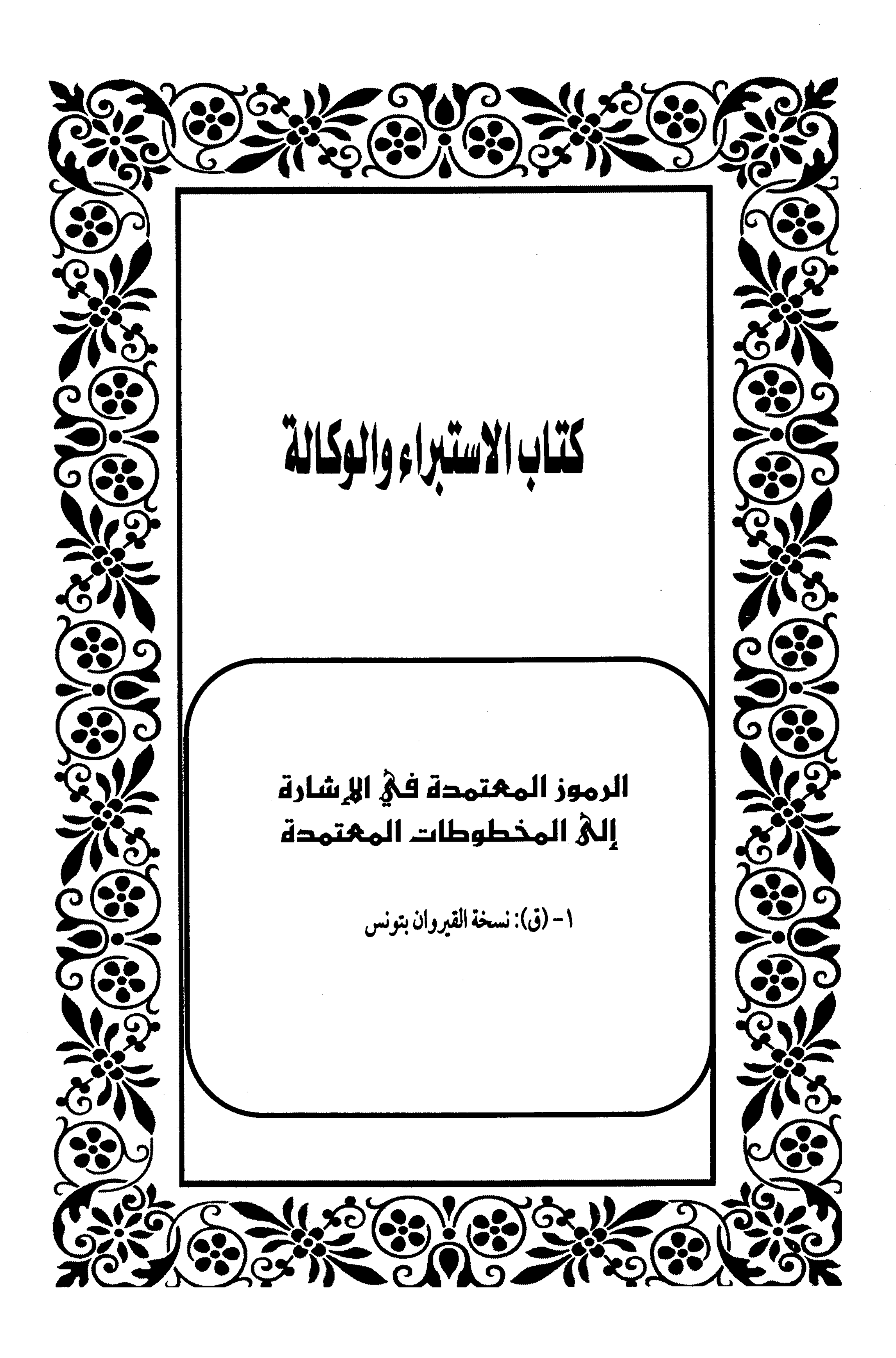
محمد عن مالك: وإن أخذت بجزء لك من دينار ديناً ورقاً؛ أو عرضاً؛ جاز إن أقررتما باقيه ذهباً لا تشترطا فيه صرفاً ولا تأخيراً.

فإن أخذت من ذلك مثل ما قطعته فيه أيضاً على جزء من الدينار سواء كان الدينار من بيع أو سلف. قال ابن القاسم: لا تأخذ بباقيه ذهباً. وأجازه أشهب وغيره لأن ما بقى من الدينار ذهب ولو كان ما بقي غير الذهب لم يكن مما أخذت أولا خير؛ لأنك تبيع سلعة بنصف دينار مثل [...][5] على الذمة، ثم لا يقضى في المشاحة إلا بدراهم فإذا أخذت به قبل الأجل دراهم؛ لم يجز[6].



(1) انظر: المدونة: 6/240 و241.
(2) انظر: تهذيب البراذعي: 3/337.
(3) ما بين المعكوفين زيادة من تهذيب البراذعي: 3/337.
(4) انظر: المدونة: 7/428.
(5) غير مقروء في الأصل بمقدار كلمتين.
(6) انظر: النوادر والزيادات: 5/367.





كتاب الاستبراء والوكالة

الرموز المعتمدة في الإشارة
إلى المخطوطات المعتمدة

١ - (ق): نسخة القيروان بتونس



كتاب الاستبراء[1]، والوكالة

جامع القول في استبراء الإماء في البيع، وغيره

رويَ أن النبي ﷺ قال يوم سبي أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل

(1) عياض: أصل اشتقاقه من التبري وهو الانفصال والتخلص، ثم استعمل في الاستقصاء والبحث والكشف عن الأمر الغامض لينفصل فيه عن يقين منه وحقيقة أو عن يأس.
واستعملها الفقهاء في هذه المعاني في كل شيء وخصصوا المجرد منه، وتسميته كتابه بالكشف عن حال الأرحام، عند انتقال الأملاك، حتى يعلم تخليصها من الحمل أو شغلها به، بالعلامات التي جعلها الله تعالى لذلك؛ مراعاة لحفظ الأنساب، واحتياطا لاختلاط الزرع، وتمييز النسل، وهو لوجهين:
أحدهما: لتمييز ماء البائع من ماء المشتري، وذلك في كل موطوءة للبائع، إذا لم يستبرئها أو ما هو في حكمها أو في العلي التي يحط الحمل من ثمنها كثيرا، وإن لم توطأ، أو استبرأها لنفسه البائع قبل بيعها وهو مستحب له، فاستبراء هؤلاء بالمواضعة.
ومعنى هذه الكلمة بالإيقاف مدة الاستبراء وهو وضع هذه الجارية على يد ثقة، حتى يظهر براءة رحمها من شغل الحمل، وتحل للمشتري، وهذا الاستبراء واجب.
وحكم هذه في هذه المدة حكم ما لم يخرج من ملك البائع، ونفقتها عليه، ومصيبتها منه؛ لأنه لما كان استبراؤها وإيقافها بسببه من أجل مائه أو من أجل خلوص سلعته العلية من الحمل، كان تمام بيعها، إنما كان يوم براءتها من ذلك، ولم يتم العقد المتقدم إلا الآن، ومن حينئذ يضمنها المشتري.
والاستبراء الثاني: في غير هذه ممن لا يتواضع فيمن لم يعترف البائع بوطئها من وخش الرقيق أو ممن لا ينقصه الحمل من علية؛ كالمتزوجة المطلقة والزانية فهؤلاء لا استبراء فيهن، إلا أن يريد مشتريها وطأها منهن فواجب عليه استبراؤها؛ احتياطا لما في نفسه مما لعله أحدثته، ولا مواضعة في هذه، وضمانها من مشتريها من يوم الصفقة، إلا أن تكون ثم عهدة الثلاث؛ فمن يوم تمامها، ولما كانت التي هي في عظم دمها ظاهرة البراءة من حمل من السيد وغيره، كان ذلك على مشهور المذهب براءة لها، ولم يحتج إلى مواضعة ولا تجديد استبراء، خلافا لما حكاه ابن شعبان وفضل عن أشهب: أن المبيعة في عظم دمها لا بد لها من الاستبراء والمواضعة، وهي عندنا وعند جماعة من العلماء موضوعة لبراءة الرحم كما ذكرنا، وللتعبد المحض، ولذلك يلزمه المشتري لمن تحقق براءة رحمها، إلا أن تكون في أمانته.
وذهب بعض العلماء إلى أنها لبراءة الرحم خاصة، فمتى حقق براءة الرحم لم يلزم استبراؤها، وإلى هذا نحا بعض أئمتنا، وعلى هذين القولين الاختلاف في استبراء العذراء. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1879، وما بعدها.

حتى تحيض»[1]، فوجب أن كل من انتقل إلى ملكه ملك أمة كانت في حوز غيره بأي وجه ملكها أن يستبرئها بحيضة إن كانت ممن تحيض، ملكها ببيع، أو إرث أو هبة، أو صدقة أو وصية، أو من مغنم أو بغير ذلك.

قال مالك: وأحب ما سمعت في التي لم تحض، أو اليائسة من المحيض أن تستبرأ بثلاثة أشهر[2]، إذ لا تبرأ رحم في أقل من ذلك، وقاله عمر بن الخطاب وغيره.

قال: فإن كانت ممن تحيض، فرفعتها الحيضة؛ تربصت ثلاثة أشهر، إلا أن ترتاب

---

(1) أخرجه أبو داود: 2/248، في النكاح، باب في وطء السبايا، برقم (2157).

(2) عياض: وقوله عن مالك في: (التي لا تحيض من صغر ومثلها يوطأ: تستبرأ بثلاثة أشهر).

زاد في كتاب ابن حبيب عنه: وإن أمن عليها الحمل مفتضة كانت أو عذراء، ومثله لابن وهب فيمن توطأ منهن، ومثلها لا تحمل ففيها المواضعة.

قال ابن القاسم: من يحتمل الوطء منهن فإنه يخاف عليها الحمل، قالوا: وهو قول مالك، وأكثر أصحابه.

قال ابن حبيب في قول مالك: وهذا شديد من القول، قد سمعت مطرفا وابن الماجشون وعبد الملك، وذكر ذلك عن جماعة من السلف أن ذلك إنما هو في التي قاربت الحيض، وكان يخشى عليها الحمل.

فأما التي لم تقارب، وليس مثلها يحمل فلا استبراء فيها؛ لأن الاستبراء إنما هو خيفة الحمل.

وفي كتاب القاضي أبي الأصبغ: روى علي بن زياد، عن مالك: لا استبراء على الصغيرة التي يؤمن عليها الحمل، وإن كان مثلها يوطأ، وللخلاف في هذا نص عند ابن حبيب وغيره كما تراه، وعليه حمله بعض مشايخنا، وهو بين.

والأولى ترك المواضعة والاستبراء فيمن هذا سبيله في بنت السبع، ونحوها.

وحمل اللخمي وغيره الخلاف في بنت تسع، وعشر، ومن قد يتوقع منها الحمل، وإن كان نادرا، ولعله فيه جاء قول مالك وابن القاسم وابن وهب: والأولى لا يخاف منها ذلك البتة، كما أنه لا خلاف في المراهقة.

وقوله في رواية ابن وهب في آخر باب استبراء الصغيرة: (أن استبراء الصغيرة التي لم تبلغ المحيض واللائي يئسن من المحيض في البيع ثلاثة أشهر، على ذلك أمر الناس عندنا وهو مع ذلك من أعجب ما سمعت فيها).

أي: فيه إشعار إلى الخلاف الذي ذكره ابن حبيب من قول من قال: شهران، وشهر ونصف، وشهر فقط. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1897، وما بعدها.

فتسعة أشهر، فإن زالت الريبة قبل التسعة حلت، وإن تمادت بعد التسعة؛ لم توطأ إلا بعد زوال الريبة[1].

ولو تأخر حيض الأمة في البيع بمرض حدث بعد العقدة فرضيه المبتاع أجزتها ثلاثة أشهر[2].

وكذلك المستحاضة تباع بالبراءة، إلا أن ترى دماً توقن هي والنساء أنه دم حيض، فتحل به متى ما رأته، وإلا جلست ثلاثة أشهر، فإن لم يبرئها ذلك؛ رفعت إلى التسعة.

وروى ابن وهب أن استبراء التي ترفعها الحيضة تسعة أشهر.

ولو ابتاع ظاهرة الحمل بالبراءة منه؛ لم يطأها حتى تضع.

وإن استبرأ معتدة من وفاة فحاضت قبل تمامها؛ لم يطأها حتى تتم عدتها، وإن أتمت ولم تحض بعد البيع انتظرت الحيضة، فإن رفعتها، ومضت ثلاثة أشهر من يوم البيع، فعلى اختلاف قول مالك: إنها تحل إن نظرها النساء وقلن: لا حمل بها.

وقال أيضاً: ترتقب تسعة أشهر من يوم الشراء، فإن ارتفعت التسعة لهذه الريبة فزالت قبلها حلت، وإن ارتابت بعدها لحس البطن؛ لم توطأ حتى تذهب الريبة، ولو كانت في عدة من طلاق فاسترابت، فإذا مضت سنة من يوم الطلاق، وليوم الشراء ثلاثة أشهر فأكثر؛ حلت.

قال سحنون: ولا مواضعة في معتدة كذات الزوج وهي تعقد الشراء في ضمان المبتاع.

ومن ابتاع أمة ذات زوج، فطلقت قبل البناء فلا بد له من حيضة[3].

قال سحنون: يطأ مكانه.

ومن ابتاع زوجته قبل البناء، أو بعده لم يستبرئ، ومن ابتاعها قبل البناء، ثم باعها

---

(1) انظر: المدونة: 5/237 و238.

(2) انظر: تهذيب البراذعي: 2/472.

(3) انظر: المدونة: 5/225، وما بعدها.

قبل أن يطأها، أو بعد أن وطئ، فليستبرئ المبتاع بحيضة(1).

يريد: وفيها المواضعة.

وكذلك إن ابتاعها بعد البناء، ثم باعها بعد أن وطئها؛ لأن وطأه فسخ لعدتها منه، ولو باعها قبل الوطء هاهنا؛ لم تحل إلا بحيضتين عدة فسخ النكاح(2).

وكذلك لو طلقها بعد البناء واحدة، ثم ابتاعها في العدة ثم باعها، ولم يطأها فحيضتان من يوم طلاقها تحلها، وإن باعها بعد حيضة؛ لم تحل إلا بحيضة ثانية، ولو باعها بعد انقضاء العدة، فاستبراؤها حيضة كان الطلاق واحدة، أو ثلاثة(3).

وقال غير ابن القاسم في كتاب ابن عبدوس في التي باعها زوجها بعد أن استبرأها

---

(1) عياض: وقوله في: (مشتري زوجته قبل أن يطأها أو بعد وطئه: لا استبراء عليه).
وقال ابن كنانة - في غير المدخول بها-: يستبرئها.
قال ابن القاسم: لا يكون اليوم حلالا، وغدا حراما لم يزدها استبراؤها إلا خيرا. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1891و1892.

(2) عياض: وقوله: (فإن دخل بها، ثم استبرأها، ثم باعها قبل وطئها، فإن المشتري يستبرئها بحيضتين؛ لأنها عدة) على اختلاف من مالك في هذا الأصل، وله: تجزئها حيضة.
قالوا في هاتين الحيضتين: لأن الأولى للمواضعة والثانية للعدة.
وكتبت عن ابن عتاب: أن المواضعة في الحيضتين معا، وهو ظاهر كلام ابن أبي زمنين ونص ما في كتاب ابن عبدوس، وذلك لأنه إن ظهر بها حمل فيهما صارت أم ولد للبائع، بخلاف بيع ذات الزوج التي لا مواضعة فيها ولا رد بعيب من الحمل.
وقوله: (يستبرئها المشتري بحيضتين - لفظ مشكل ليس على أصله الذي بينه بعد هذا بقوله: - ولو اشتراها، وقد حاضت بعد طلاقه، حيضة، ثم باعها - يعني: ولم يمسها - فاستبراؤها هنا حيضة، ثم تحل له؛ وذلك لأنها استبراء، وبها تمت العدة) ؛ فهذا تفسير الأولى، وإن معنى المسألة أنها لم تحض عند زوجها بعد استبرائها إلى أن باعها.
وقد وقع خلاف هذا في المبسوطة لابن القاسم؛ فقال: يستأنف حيضتين من يوم باع لا من يوم طلق، وهذا يشير إلى ظاهر ما تقدم، وليس أصلهم.
وقد وهم الرواية شيخنا أبو الوليد ابن رشد، وقال: الصواب: من يوم طلق، وهو معنى ما في المدونة. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1892و1893.

(3) انظر: المدونة: 5/221 و222.

وقد بنى بها، ولم يطأها بعد الشراء: إنها لا تحل إلا بحيضتين، وفيهما المواضعة؛ لأنها إن كانت حاملاً رجعت له أم ولد، ولو باعها سيدها الأول وهي تحت زوج أو في عدة من زوج لم تكن فيها مواضعة، وقبضت مكانها، وإن ظهر بها حمل لم ترد له، وكانت رقيقاً[1].

فهي مخالفة للمسألة الأولى.

ومن كتاب العدة: وإن اشترى مكاتب زوجته بعد البناء، ثم لم يطأها حتى مات، أو عجز، فعلى السيد فيها حيضتان من يوم الشراء.

وكان مالك يقول: حيضة، ثم رجع إلى هذا، وهذا أحب إليّ؛ لأنها معتدة، كمن باع معتدة من طلاق[2].

يريد: أنها قولة لمالك في كل من اشترى[3] زوجتَه من حرٍّ أو عبد ثم باعها أو أعتقها، ثم رجع عنه إلى حيضتين.

ذكر ذلك في المختصر الكبير، وكتاب ابن المواز.

ولو وطئها المكاتب بعد الشراء انفسخت العدة وحلّت بحيضة.

ولو عجز بعد ما مضى لها حيضتان، أو مات لم ينبغ للسيد أن يطأها حتى تحيض حيضة.

وإن كان المكاتب قد قال: لم أطأها بعدهما، وإن هي خرجت حرة، ولم يكن المكاتب وطئها بعد الشراء؛ نكحت مكانها؛ لأنها خرجت من ملك إلا حرية.

يريد: عتقت بعد حيضتين.

ومن مات عن أمة أو أعتقها أو باعها، فاستبراؤها حيضة، وإن كانت مستبرأة قبل ذلك، إلا المعتقة المستبرأة فذلك يجزئها، وتنكح، وتحل للزوج مكانها، كما لو زوجها السيد في ملكه.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/20.

(2) انظر: المدونة: 4/403.

(3) في الأصل: (استبرأ)، وما أثبتناه من الجامع، لابن يونس: 7/381.

ولو أعتق أم ولده بعد الاستبراء أو مات عنها؛ لم يجزها حتى تأتنف حيضة بعد عتقها، بخلاف الأمة[1].

ومن كتاب الاستبراء: ومن باع أمة من وخش الرقيق، وتبرأ من حمل إن كان بها، فلا يطأها المبتاع حتى تحيض، وله أن يزوجها قبل أن تحيض.

يريد: ولا حمل بها ظاهر كما كان لبائعها.

وكذلك أن يعجل الرضا بها تبقى بالرائعة من حمل في المواضعة ولم يكن البائع يطؤها، فللمبتاع أن يزوجها مكانه، ويحل للزوج وطؤها مكانه[2].

قال سحنون: كيف يزوج من لا يحل له أن يطأ؟[3].

قال: ومن ابتاع أمة رائعة أقرّ البائع بوطئها أو لم يقر، ولم يجحده، لم يزوجها حتى تخرج من الاستبراء؛ إذ يلحق البائع ما تأتي به من ولد إن ادعاه.

وللرجل أن يزوج أمته التي لا يطؤها بغير استبراء، ولا يزوج أم ولده، أو أمة قد وطئها إلا بعد حيضة، فإن زوجها ولم يستبرئ، ثم لم يطأ الزوج حتى حاضت، فالنكاح مفسوخ.

ولا يجوزُ نكاح إلا حيث يجوزُ الوطءُ، إلا في دم نفاس، أو في دم حيض من غير معتدة، أو من دخلت من المعتدات في الحيضة الثالثة في الحرة، أو الثانية في الأمة، فإن النكاح يجوز في ذلك، ولا توطأ حتى تطهر.

ومن زنت أمتُه لم يطأها، ولم يزوجها إلا بعد حيضة.

وإن تزوجت أمة بغير إذن سيدها، ففسخ النكاح بعد البناء؛ لم يمسها إلا بعد حيضتين؛ لأنه استبراء من نكاح يلحق فيه الولد[4].

---

(1) انظر: المدونة: 4/402 و403.

(2) انظر: المدونة: 5/223 و224، وتهذيب البراذعي: 2/467 و468.

(3) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4525.

(4) عياض: وقوله: (في الأمة المتزوجة بغير إذن سيدها ففرق بينهما: على السيد الاستبراء ولا عدة عليها، واستبراؤها حيضتان؛ لأنه نكاح يلحق فيه الولد وسبيله سبيل النكاح...) إلى آخر كلامه.

فقوله هنا: ولا عدة عليها لفظ مشكل مستغنى عنه، وقد قال فيها: في طلاق السنة: أنها عدة كعدة =

ومن وطئ جارية ابنه فقومت عليه، فليستبرئها إن لم تكن معزولة في حوزه مستبرأة[1].

قال غيره: لا بد أن يستبرئ لفساد وطئه[2].

ومن باع أمة بغير أمر ربها، ثم أجاز البيعَ ربُّها بعد أن حاضت عند المبتاع؛ أجزأه كالمودعة[3].

ومن باع على ابنه الصغير من نفسه أمة، أو رجل ابتاع أمة زوجته، أو خالعها عليها، أو وهبتها له، فإن كانت عنده لا تخرج لم يستبرئ، وذلك عليه إن كانت تخرج.

وإن ابتاعها من عبده، أو انتزعها منه؛ فليستبرئ.

النكاح، وهو معنى قوله: حيضتان إلى ما ذكر بعد هذا.
وقيل: معناه: لا يلزمها ما يلزم المعتدة من المبيت في بيتها وترك السفر، فتأمل هذا كله. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1893و1894.

(1) عياض: وقوله: (في الذي وطئ جارية ابنه: عليه الاستبراء بعد التقويم إذا لم يكن الأب عزلها عن نفسه).
تأولها ابن الكاتب وغيره: أنه إن لم يكن الأب عزلها بعد وطئه إياها، ولو عزلها صارت إذا قومت عليه كالمودعة فعلى هذا يكون قول غيره: يستبرئ، ولا ينبغي أن يصب ماءه على الماء الذي لزمته به القيمة؛ لأنه ماء فاسد وفاقا، غير خلاف.
وأما القابسي فقال: معناه: عزلها عن نفسه قبل الوطء حتى يتيقن براءة رحمها، فإنه بأول مباشرتها ومخالطتها لزمته القيمة، وصب ماءه على ملكه في جارية مستبرأة عنده كالمودوعة، وقول غيره على هذا خلاف.
قال بعضهم: يشبه أن يكون قول غيره على مذهب سحنون في أنه لا يلزم الأب القيمة في وطء جارية ابنه إلا برضاه، وأن ابنه بالخيار عليه كالشريك.
قال القاضي:: والذي عندي أن ما ذهب إليه ابن الكاتب أصوب، وأنه مراد ابن القاسم؛ بدليل قوله آخر المسألة؛ لأنه وطء فاسد، وكل وطء فاسد فلا يطأ فيه حتى يستبرئ، فهو إنما علل بفساد الوطء كما علل به غيره، ولو كان على ما ذهب إليه القابسي لعلل بأنه لا يدري براءة رحمها، ولم يعلل بفساد الوطء الذي يقول القابسي: إنه غير فاسدن فألزمه القيمة بالمباشرة، فتأمله فهو بين. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1894و1895.

(2) انظر: المدونة: 5/222.

(3) انظر: المدونة: 5/226.

وإن وهب لابنه الصغير، أو الكبير في عياله جارية، ثم اعتصرها، فإن لم تكن تخرج وهي في يد الأب، ولم يغب الكبير عليها لم يستبرئ، وإلا فذلك عليه.

وقال في الهبات[1]، وكتاب الاستبراء: إن الابن إذا وطئها؛ فلا عصرة فيها[2].

ومن أرهن جارية، أو أودعها فلا يستبرئ إذا ارتجعها، ولو ابتاعها منه المودع بعد أن حاضت عنده؛ أجزأه من الاستبراء إن كانت في بيته لا تخرج، ولو كانت تخرج[3] إلى السوق لم تجزئه.

ومن وهب أمة لرجل، ثم ارتجعها بعد غيبة الموهوب عليها، فليستبرئ لنفسه؛ لأنها قبضت على الحوز.

وأما من باع أمة على المواضعة، ثم رجعت إليه في المواضعة قبل أن تحيض، أو يذهب عظم حيضتها، فلا استبراء عليه، ولو قبضها المبتاع لنفسه على الحوز، لا على الأمانة في المواضعة، ثم أقاله فليستبرئ لنفسه، وإن أقاله بعد يوم من مغيبه عليها، والهبة كذلك[4].

ومن أبضع مع رجل في شراء جارية، فبعث بها إلى ربها، فحاضت في الطريق فلا يقربها حتى يستبرئ لنفسه[5].

---

(1) انظر: المدونة: 340/10.

(2) انظر: المدونة: 206/5 و207، وتهذيب البراذعي: 457/2 و458.

(3) قوله: (تخرج) زيادة يقتضيها السياق، والله أعلم.

(4) انظر: المدونة: 205/5 و206، وتهذيب البراذعي: 457/2.

(5) انظر: المدونة: 236/5.

عياض: وقوله في المبضعة الموجهة: (لا يطأها من اشتريت له حتى يستبرئها) فرق بينها وبين المودعة أن هذه إن خرجت من يد مشتريها المؤتمن عليها لغيره، ألا تراه كيف قال: (فبعث بها فحاضت في الطريق) فأشبهت المودعة، إذا كانت تخرج، ولو كان مشتريها هو الذي أتى بها إليه لكانت كمسألة المودعة.

وقال أشهب: تجزئها حيضتها في الطريق أو عند الوكيل، ولا يستبرأ لسوء الظن؛ إذ قد يدخل ذلك في الحرائر والمماليك، يريد: تجويز فعل السوء فيهن، وهو أصل أشهب في توقع كل حمل مظنون من فساد أنه لا يلزم، وما قاله في الزوجات والجواري، فإنه لا يلزم، فإنه لو قدرنا ذلك فيمن يخرج منهن لم يتفق وطئهن جملة، واحتاج إلى حالة تيقن في البراءة من حملهن ولا يصل إلى ذلك إلا

وقال أشهب: بل تجزئه، لأنه أمينه[1].

ومن كاتب أمته ثم عجزت؛ أحببت له الاستبراء إلا التي في يديه لا تخرج؛ فلا شيء عليه.

وعليه في المغصوبة ترجع إليه الاستبراءُ إن غاب عليها الغاصب[2]، ولو اشتراها الغاصب بعد أن وطئها؛ فليستبرئها من مائه الفاسد.

ومن اشترى أمة فغاب عليها، ثم استحقت بحريَّة؛ لم ينكح إلا بعد ثلاث حيض، وإن تقاررا أنه لم يمس، ولو وطئها فلا صداق عليه[3]؛ لأنه وطئ بالملك، إلا أن يطأها عالماً بحريتها؛ فعليه الصداق ويحد.

ولو سبيت أمة أو أم ولد أو مدبرة أو حرة، ثم رجعن لم توطأ الحرة إلا بعد ثلاث حيض، وأولئك بعد حيضة حيضة، ولا يصدقن كلهن في نفي الوطء، وقد حيزوا بمعنى الملك[4].

=

بحيض، ثم لا يحل له الوطء فيه حتى يطهرن.

وفي آخره الحمل أيضا مجوز ممكن منهن فلا يتأتى له ذلك، وإن طهرن، إلا أن يكن عنده في حرز، وثقاف، حتى يتيقن براءة أرحامهن ولا يجوز عليهن السوء؛ وهذا حرج، وخلاف الإجماع، وقد استحسن بعض الشيوخ الاستبراء فيمن يتهمه منهن، ووجوبه فيمن اشتهر بالفساد منهن. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1896 و1897.

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 14/5.

(2) عياض: وقوله في: (المغصوبة أحب لسيدها ألا يمسها حتى يستبرئ) أحب هنا على الوجوب، وهو بين أول الكتاب، قال: وعليه أن يستبرئها.

قالوا: وعلى الغاصب نفقتها، ومنه ضمانها حتى تخرج.

قالوا ويلزم هذا فيمن زنا بأمة رجل، طائعة أو مكرهة؛ لأن طوعها لا يبطل حق سيدها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1886.

(3) عياض: وقوله في: (المستحقة بحرية من مبتاع، وقد وطئها: لا صداق عليه).

عارضها بعضهم بمسائل وقعت له بخلافها ؛ فعارضها سحنون بمسألة الأختين في كتاب النكاح، وقال: من قال فيها إذا دخلت كل واحدة منها على غير زوجها فعليه لها الصداق، وبهذا قال - في المستحقة بحرية - المغيرة، وعبد الملك: أن لها على سيدها الواطئ لها صداق مثلها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1883.

(4) انظر: المدونة: 204/5 و205، وتهذيب البراذعي: 456/2.

وإن باع أم ولده، أو مدبرته ففسخ البيع وردت؛ فليستبرئ إذا كان قد دفعها على الحوز، وترك المواضعة.

القول في المواضعة وعدتها، وجامع الاستبراء

ولما كان للبائع منع السلعة حتى يقبض الثمن؛ لم[1] ينبغ النقد في أمة مبيعة ترتقب فيها الحيضة[2]؛ إذ لعلها أم ولد البائع، أو حامل من غيره فيرد الثمن، فيصير تارة سلفاً وتارة ثمناً، فضارع ما نهى الرسول عليه السلام عنه من بيوع العربان.

ولم يكن له قبض أمة لا يستمتع بها، وهي في ضمان غيره، فكان أمثل ذلك المواضعة للجارية، وأن يتواضعا الثمن إن تشاحا فيه، قاله مالك وابن القاسم[3].

ورأيت لمالك في العتبية أنه ليس على المشتري مواضعة الثمن[4].

قال ابن القاسم فيمن ابتاع أمة من رجل، أو امرأة أو صبي أو من رجل لم يطأ، أو قد استبرأ فلابد من الاستبراء، والمواضعة في الرائعة، وإن لم يطأها البائع، وأما بيعه في غير الرائعة، فإنما تتواضع إن أقرَّ بوطئها وإلا فلا تتواضع، ويضمنها المبتاع بعقده البيع، وثمنُ خمسين رائعةٌ.

وفرقنا بين الوخش والرائعة حكماً منا في كل واحدة بالأغلب من أحوالها، فالأغلب من الرائعة أنها تراد للوطء، فترقبنا براءة رحمها، والأغلب في الوخش الخدمة، فلم يحمل أمرها إلا على ذلك، إذا لم يقر البائع بوطئها، وجاز قبضها بالعقد، ويضمن المبتاع مكانه، ويستبرئ لنفسه.

وأحب المواضعة على يدي النساء أو رجل له أهل ينظرونها.

وأكره ترك المواضعة، وائتمان المبتاع على الاستبراء، فإن فعلا أجزأهما إن قبضها

---

(1) في الأصل: (ولم).

(2) انظر: المدونة: 5/236 و237.

(3) انظر: المدونة: 5/236 و237.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 4/81، والنوادر والزيادات: 5/6.

على الأمانة، فإن قبضها على شرط الحيازة وسقوط المواضعة كالوخش وجهلا ولم يبرأ من حمل لم أفسد البيع، وألزمتها حكم المواضعة، فإن هلكت في أمد لا يكون فيه استبراء فهي من البائع، وإن هلكت بعد مدة يكون فيها استبراء، فهي من المبتاع[1].

محمد: قدر الشهر ونحوه[2].

فإن تبرأ فيها في العقدة من الحمل وليس بظاهر، وشرط قبضها كوخش الرقيق وزعم أنه لم يطأ أو قال: وطئت واستبرأت، وهي رائعة فسد البيع، وهي من المبتاع من يوم قبضها، وترد إلا أن تفوت؛ فتلزم المبتاع قيمتها يوم القبض أقمت عنده مدة الاستبراء أو يوماً أو يومين[3].

قال محمد: هي من البائع حتى تخرج من الاستبراء في البيع الصحيح وفي الفاسد أحرى، وكمن شرط النقد في بيع الخيار[4].

ولو أقرَّ البائعُ بوطئها، ولم يدع استبراء، وتبرأ من الحمل، وشرط ترك المواضعة، فهذا أيضاً فاسد، فإن هلكت في مدة لا يكون فيها استبراء فهي من البائع، وما ولدت فهو به لاحق، ولا ينفعه شرطه.

وإن هلكت بعد مدة فيها استبراء فهي من المبتاع، وعليه قيمتها يوم جعلتها حائضاً وضمنتها إياه[5].

ولا بأس بشرط ترك المواضعة في الوخش، وبالبراءة من حمل غير ظاهر، وانتقاد الثمن ما لم يطأها البائع.

وليستبرئ المبتاع لنفسه قبل أن يطأ، ثم لا رد له إن ظهر بها حمل، ولو كان البائع وطئها ولم يدع استبراء، فلا يبالي أكانت رائعة أم لا، لا تجوز فيها البراءة من الحمل،

(1) انظر: المدونة: 5/218، ما بعدها، وتهذيب البراذعي: 2/463.
(2) انظر: النوادر والزيادات: 5/10.
(3) انظر: المدونة: 5/219، وما بعدها.
(4) انظر: النوادر والزيادات: 5/10.
(5) انظر: المدونة: 5/220 و221، وتهذيب البراذعي: 2/464.

ولابد من المواضعة.

ولا تجوز في رائعة لم يطأها البائع براءة من حمل غير ظاهر، ولا بأس ببيعها بالبراءة من حمل ظاهر ليس من البائع، ويتناقدان الثمن والجارية، ولا يطؤها حتى تضع.

فإن ادعت سقطاً لم تصدق إلا بمعرفة النساء، أو ينظرن إليها حينئذ، فيرين دليل ذلك، وإلا لم يطأها حتى يستبرئ لنفسه بحيضة، ولا حجة له في رد الثمن وطلب المواضعة؛ لظهور الحمل حين التبايع، وشهادة النساء حينئذ عليه، ثم لا يدرى ما صار أمره إليه.

وإن تبرأ في الرائعة من حمل غير ظاهر فسخ البيع، ولا تصدق الأمة على حيض الاستبراء، ولا في السقط ولا أزيل ما ثبت من العهدة بقولها، والحرة في ذلك مصدقة، لأن الله سبحانه ائتمنها عليه، وما أيقن النساء من السقط أنه ولد؛ برئت الأمة به[1].

وكل ما حدث بها في المواضعة من مرض أو هلاك أو داء أو عيب أو غيره فمن البائع حتى ترى حيضة مستقيمة، والمبتاع بالخيار في حدوث العيب في قبولها به بجميع الثمن أو ردها[2].

وإن ظهر بها حمل فقبلها المشتري به؛ فذلك له، وليس للبائع ردها إلا أن يدعي أن الحمل منه، وكذلك إذا باعها وقال: لم أرضَ ولم يبرأ من حمل، فللمشتري قبولها في المواضعة قبل محيضها على الرضا بحمل إن كان بها، ولا يجوز ذلك في أصل التبايع، وله أن يزوجها مكانه، كما كان لبائعها[3].

ولم ير سحنونُ للمشتري تعجلَ قبضها قبل الحيض؛ لأنه يسقط الضمان عن البائع ليعجل منافعه بها[4].

قال ابن القاسم: ولا يجوز اشتراط النقد في عقدة البيع فيما وضعت على يدي

---

(1) انظر: المدونة: 5/216، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 2/462 و463.

(2) انظر: المدونة: 5/238 و239.

(3) انظر: المدونة: 5/223 و224، وتهذيب البراذعي: 2/467 و468.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 5/8.

المبتاع، أو على يد أجنبي، وإن لم يشترط النقد، ثم تبرع المبتاع بنقد الثمن في المواضعة؛ جاز ذلك.

ولا بأس أن يشترط مواضعة الثمن، فإن هلك قبل محيضها ارتقبت، فإن خرجت من الاستبراء فمن البائع، وإن لم تخرج، إما هلكت أو ظهر بها حمل، فهو من المبتاع[1].

وينبغي لمن وطئ أمة ألا يبيعها حتى يستبرئها، ثم لابد له إن باع الرائعة من المواضعة كان قد استبرئها أم لا، كان يطؤها أم لا، والحيضة فيها تجزئ المتبايعين.

ولو أن من وضعت على يديه تولاها بعد أن حاضت عنده تلك الحيضة؛ أجزأته ووطئ مكانه، وكذلك المودعة عنده، أو الشريك تحيض عنده، ثم يبتاع حصة شريكه[2].

يريد: وتكنَّ في حوزه ولا يخرجن.

ومن ابتاع شقصاً من رائعة فله المواضعة[3].

ومن ابتاع أمة في أول الدم أجزأه من الاستبراء، وأما في آخره وقد بقي منه يوم، أو يومان فلا، وله المواضعة.

وكذلك إن باع أمة ثم حبسها بالثمن أو لم يمنع المشتري من قبضها، ولا سأله هو في ذلك وذهب ليأتي بالثمن فألفاها طامثاً ففي أول الدم تجزئه، وإن ألفاها في آخره أو بعد الطهر فلا، وليتواضعاها إلا في الوخش فليقبضها وليستبرئ لنفسه.

ولو أمكنه من الرائعة فتركها عنده أجزأته حيضتها على كل حال وذلك إيداع لها عنده وكمواضعتها بيد أجنبي.

وإن ابتاعها فرأت عنده دماً لخمسة أيام من حيضتها عند البائع لم تجزئه، وهو كدم واحد، وإن كان بعد أيام كثيرة يكون هذا لها حيضاً مؤتنفاً، فرأته يوماً أو بعض يوم، أو

(1) انظر: المدونة: 5/236 و237، وتهذيب البراذعي: 2/471 و472.

(2) انظر: المدونة: 5/234 و235.

(3) انظر: المدونة: 5/213.

يومين ثم انقطع، فإن قال النساء: إن مثل ذلك حيضة أجزأتها، وإلا لم يكن استبراء[1]، وإن لم تصلي فيه[2].

قال في كتاب ابن المواز: إلا أن تكون حيضتها قبل ذلك أكثر من هذا، فلا تبرئها حتى تقيم ما يعرف أنه استبراء لرحمها[3].

وقال في كتاب آخر: لا تكون الحيضة يوماً في عدة، ولا استبراء[4].

ورويَ عن سحنون وعبد الملك أن أقلَّ الحيض خمسةُ أيام، وأقل الطهر خمسة.

قال عبد الملك: فإذا قلّ الحيض كثر الطهر، وإذا كثر الحيض قلّ الطهر، ورويَ عن مالك أن أقل الطهر خمسة[5].

---

(1) عياض: وقوله: (يسأل النساء؛ فإن قلن إن الدم يكون يوما أو بعض يوم حيضا، كان استبراء، وإلا فلا) ؛ أراه استبراء.
قال محمد: وهذا إذا ثبت أن ذلك عادتها، وإلا لم يجزها هذا الدم، وإن قال النساء إنه يكون استبراء، ومعناه أنها لا تصدق هي ولا بائعها أن تلك عادتها حتى يكون ذلك معلوما.
قال سحنون: وهذا مثل قوله في رواية ابن وهب في المطلقة إذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة: أنها لا تحل للأزواج، ولا تبرأ إلا من زوجها حتى يعلم أنها حيضة صحيحة، وهي رواية أشهب أيضا وهي خير من قول ابن القاسم.
قال القاضي: وهذا مذهب ابن المواز وابن حبيب: أنها لا تدخل في ضمان المشتري حتى تستمر في الحيض.
وظاهر مذهب ابن القاسم في هذا الكتاب وفي كتاب إرخاء الستور أن بأول قطرة من الدم تنقضي مواضعتها، وتتم عهدتها، وقد قال هنا - في غير موضع -: من أول ما تدخل في الدم فمصيبتها من المشتري، وهي من البائع حتى تدخل في أول دمها.
وقد اختلفوا؛ هل هذا كله من قولهم وفاق أو هو خلاف والصحيح أنه خلاف، وأن قول ابن القاسم أولى وأصح، وقد بيناه في كتاب إرخاء الستور. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1883، وما بعدها.

(2) انظر: المدونة: 5/207، وما بعدها.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 5/13.

(4) انظر: الجامع لابن يونس (نجيبويه)، ص: 367.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 1/125 و126، والتنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 146، التبصرة، للخمي، ص: 4495.

وروى الأندلسيون أن أقلَّ الطهر عشرة.

ومن كتاب ابن شعبان: أقله عشرة، وأقل الحيض خمسة.

قال: وإنما هذا في العدة وفي الاستبراء، وأما في غير ذلك فأقل الحيض دفعة من دم[1].

وقيل: أقل الحيض ثلاثة

ورويَ عن سحنون أن أقل الطهر ثمانية في العدة والاستبراء[2].

ورويَ عنه في الحرة تقول: حضت ثلاث حيض في شهر.

قال: لا تصدق في أقلَّ من أربعين يوماً.

ورويَ عنه: أقل الطهر خمسة، وأقل الحيض خمسة[3].

قال ابن القاسم: وإن ابتاعها بالخيار ثلاثاً فتواضعاها، أو كانت وخشاً فقبضها، فاختار الرد من له الخيار، فلا استبراء على البائع.

وإن شاء البائع استبراء التي غاب عليها المبتاع، وكان الخيار له خاصة فذلك حسن؛ إذ لو وطئها لكان بذلك مختاراً، وإن كان منهياً عن ذلك، كما استحب استبراء التي يغيب عليها الغاصب.

وإن رد المبتاع الأمة بعيب، وهي في حيض الاستبراء، فلا مواضعة عليه للبائع، وإن كان بعد خروجها منها؛ فعليه المواضعة[4].

---

(1) انظر: الزاهي، لابن شعبان (نجيبويه)، ص: 143.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 125/1 و126، والتنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 146، وما بعدها.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 126/1، والجامع لابن يونس(نجيبويه)، ص: 367.

(4) عياض: وقول ابن القاسم في الرد بالعيب (إذا كانت خرجت من الحيضة عليه الاستبراء، وضمانها من المشتري).

قال في كتاب ابن حبيب: إلا أنها إن ماتت في هذه المواضعة رجع المشتري، بقيمة العيب.

وقال أشهب: لا تكون عليه مواضعة ؛ لأن الرد بالعيب نقض بيع، وليس هو بيعا ابتداء.

قال: ولكنها تتواضع ليعلم أبها حمل أم لا؟ فإن ماتت فهي من المشتري.

قال مشايخنا: لا يختلف قول ابن القاسم وأشهب أن الرد بالعيب نقض بيع، ولكن من حجة ابن

وأشهب لا يرى فيها المواضعة؛ لأنه نقض بيع[1].

وإن باع أمة رائعة، ثم تقايلا قبل التفرق؛ فلا استبراء عليه، وإن أقاله وقد غاب عليها المبتاع، فإن أقامت عنده أياماً لا يمكن فيها استبراء، فلا يطؤها البائع إلا بعد حيضة، ولا مواضعة على المبتاع فيها؛ إذ لم تخرج من ضمان البائع بعد.

ولو كانت وخشاً فقبضها على بتات البيع والحوز، ثم أقاله قبل مدة الاستبراء، فليستبرئ البائع لنفسه أيضاً، ولو كان إنما دفع الرائعة ائتماناً له على استبرائها، فلا يستبرئ البائع إذا ارتجعها قبل أن تحيض أو يذهب عظم حيضتها[2].

=

القاسم أن يقول البائع للمشتري: أخذتها سليمة الرحم فردها كذلك، فإنك حزتها ولا أدري ما أحدثت عندك، وقد ذكر بعضهم اضطراب ابن القاسم في هذا الأصل، وأشار اللخمي أنه اختلاف من قوله.

وقول ابن القاسم في رد السمسار الجعل في المردود بعيب، يدل أنه عنده نقض بيع، وكذلك قال في كتاب الصرف، إذا وجد الدراهم زيوفا، وقد أشار بعضهم إلى أنهما يختلفان، هل الرد بالعيب نقض بيع أو ابتداء بيع؟

وكذلك في كتاب الصرف من هذه المسألة وغيرها، وهو بعيد في التخريج والاستقراء وغير صحيح في النظر.

وكيف يقال: إنه ابتداء بيع وهو مما يكون غلبة، وحكما، وهل يوجد بيع ينعقد بالإجبار؟

وأما الرد فيصح بالإجبار، إلا أن يقال: إن هذا إنما يعترض ويتصور من مسائل الرد بالعيب فيما تراضوا عليه فهو ما لم يفصله أحد منهم، ويبعد حتى الآن لأن من رده، إنما رده على الوجه الذي يقتضيه الحكم، ويوجبه إن اضطر إليه، وأما الإقالة فنعم تلك التي يصح فيها تخريج القولين، وتأويل العلتين؛ إذ هي بتراض من المتبايعين. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1886، وما بعدها.

(1) انظر: المدونة: 215/5.

(2) عياض: وقوله: (إن انقلبت بالجارية ثم أقالني، يعني بائعها، قال: إن لم يكن في مثل ما غاب عليها المشتري أن تحيض فلا مواضعة؛ لأنها إن هلكت في مثل هذا كانت من البائع، ولا يطؤها البائع حتى يستبرئ، إلا أن يكون دفعها إليه على الاستبراء فلا يكون على البائع استبراء، إذا ارتجعها).

قال بعضهم: هذا يدل على خلاف ما ذهب إليه ابن حبيب.

قال القاضي: بهذا فسر فضل ما في كتاب ابن حبيب على نحو ما في المدونة، لكن في كتاب محمد: إن كانت بيد أمين بعد أن خرجت من الاستبراء وحلت بأيام فأربحه فيها البائع؛ فله أخذها، ووطئها مكانه، وكذلك لو ولاها لأجنبي.

=

ولو كانت عند أمين فلا استبراء عليه في الإقالة قبل الحيضة، ولو بعد طول المدة عند الأمين.

ولو تقايلا بعد حيضة عند الأمين أو في آخرها فللبائع على المبتاع فيها المواضعة لضمانه إياها، إلا أن يقيله في أول دمها أو عظمه، فلا استبراء عليه ولا مواضعة عليهما كبيع مؤتنف من غيره، وكذلك في بيع الشقص منها والإقالة منه[1].

والقول في بيعها من غيره، والإقالة منها بزيادة، وهي في المواضعة في باب بيع السلع الغائبة في البيوع الأول.

ولا ينبغي للمبتاع أن يطأ في الاستبراء، ولا يقبل، أو يجس، أو ينظر للذة.

وروى ابن وهب وغيره عن مالك أن من ابتاع أمة حاملاً فلا يحل له وطؤها، كان حملها عنده أو عند غيره، من زوج أو زنا، ولا ينبغي له أن يباشرها أو يقبلها أو يغمزها أو يجسها ولا يجردها للذة حتى تضع، وإن بيعت بالبراءة حاملاً أو غير حامل[2].

قال أبو محمد: وهذا خلاف ما في المدونة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1885.

(1) انظر: المدونة: 210/5، وما بعدها، تهذيب البراذعي: 459/2 و460.

(2) عياض: ورواية ابن وهب وابن نافع، عن مالك في آخر باب وطء الجارية أيام الاستبراء فيمن ابتاع أمة حاملا من غيره؛ فلا يحل له وطؤها ولا يباشرها ولا يقبلها... إلى آخر المسألة.

هي صحيحة لابن وضاح وبعض القرويين، وسقطت لغيرهم من الرواة، زاد في رواية الدباغ، قال: وإن بيعت بالبراءة حاملا أو غير حامل فلا يقبل ولا يباشر، لا قبل أن يتبين حملها ولا بعده حتى تضع.

قال يحيى: هذه الزيادة لابن وهب.

وقوله فيها: (إن كان حملها ذلك عنده أو عند غيره من زوج أو زنا)، ولا خلاف كما قال في الوطء ممن كان. وقوله: (ولا يباشرها) إلى آخر الكلام، ومذهبه هنا أنه على العموم كيف كانت.

وفي كتاب ابن سحنون عن أبيه: لا بأس بذلك كالحائض.

ولابن حبيب في المسبية إن كان من زنا فله الاستمتاع بما عدا الوطء، وكذا يأتي إذا حدث الحمل عنده أو رضي بعيبه.

قال فضل: ومالك وأصحابه على خلاف ذلك.

ولا خلاف في المعتدة من طلاق أنه لا يحل له منها الاستمتاع حتى تخرج من عدتها كما أنه لا خلاف فيما فيه المواضعة والاستبراء أنه لا يستمتع منهن بشيء حتى تخرج من ذلك. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1903، وما بعدها.

وإذا وطئ المبتاع الأمة في الاستبراء قبل الحيضة؛ نُكل إن لم يعذر بجهل، حاضت بعد ذلك، أم لم تحض.

وإن افتضها، وهي بكر في الاستبراء، ثم حدث بها عيب قبل الحيضة بذهاب جارحة، أو حمى أو داء؛ فله ردها بذلك، فإن ردها به رد ما نقصها الافتضاض[1]، ولا صداق إلا في الحرة، وأما الأمة فكسلعة، فعلى واطئها غصباً ما نقصها الوطء، كانت ثيباً أو بكراً.

وإن وطئها المبتاع في الاستبراء، فوضعت لستة أشهر من يوم وطئها، فإن كان البائع يطؤها دُعي للولد القافة[2]، فإن ألحق بالمبتاع كانت أم ولد له.

ولو وضعته لأقل من ذلك فسخ البيع، ولحق بالبائع، إلا أن ينكر الوطء، وينكل المبتاع في وطئه، وكذلك إن كانت بكراً، والبائع ينفي الولد، فإنه يكون لِغَيّة، ويخير المبتاع في قبولها[3].

محمد: بالثمن أو ردها مع ما نقص وطؤه للبكر، أو للثيب إن نقصها شيء، وعليه العقوبة إن لم يعذر بجهل.

قال محمد: وإن حبسها، فله الرجوع بما نقص عيب حملها، ولو استلحقه البائع لحق به وفسخ البيع، وصارت له أم ولد.

محمد: ولو افتضها المبتاع، ثم حدث بها عيب في الاستبراء، فله ردها به مع ما نقص افتضاضه، فإن ماتت فهي من البائع، وإن لم تمت وأتت بولد لأكثر من ستة أشهر من وطء المشتري؛ ردت إليه أم ولد بالقيمة يوم وطئ لا بالثمن، لأنه قد ردها بالعيب، ولو لم يكن ردها إلى الآن؛ خير بين أن يغرم القيمة، أو الثمن كاملاً[4].

قال ابن القاسم: ومن قال: كنت أفخذ، ولا أنزل فيها، وولدها ليس مني لم

---

(1) في الأصل: الافتراع، وانظر: تهذيب البراذعي: 1/453.

(2) القافة: جمع قائف، وهم الذين يميزون الدماء ويلحقون الناس بعضهم ببعض. انظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، للجُبِّي، ص: 108.

(3) انظر: المدونة: 5/239، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 2/473 و474.

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/15و16.

يلزمه، وإن قال: كنت أطأ في الفرج وأعزل لزمه الولد[1].

وقد تقدم هذا في كتاب أمهات الأولاد، وذكر الجمع بين الأختين في وطء الملك، قد تقدم مع ما يشاكله من أبواب النكاح.

قال في كتاب الزكاة: والنفقة في المواضعة على البائع لضمانه[2].



---

(1) انظر: المدونة: 5/242.

عياض: وقوله: (كنت أطأ ولا أنزل فيها؛ قال مالك: الولد يلزمه، ولا ينفعه أن يقول: كنت أعزل عنها) حمله بعضهم على أن الجواب على غير السؤال وأنه أجاب على مسألة العزل، وهو محتمل، فإن كان أراد بقوله لا أنزل فيها بتة لا بين فخذيها ولا غيره، وعزل عزلا بينا ؛ فكما قال، فإن عدم الإنزال فيها وعليه حمله.

والعزل البين عنها الذي يتحقق أنه لم يخرج منه هنا شيء ولا أنزل بين الفخذين فيخاف سيلان الماء إلى الفرج، وقبول الرحم له، وإنما ابتدأ دفقه وحقنه وخروج أول مائه بعد عزله عن الفرج والفخذين، وأراقه في أعكانها وغير ذلك من جسدها فيما يتحقق أنه لا يصل إلى الفرج منه شيء فهذا لا يلحق به عندهم ولد.

قال بعض شيوخنا: ويحلف، وإن كان إنما قال له: لم أنزل فيها، أي: في الفرج، وإنما أنزلت خارجا عنه، بين الفخذين، وقربه ؛ فهذا هو العزل الذي أجابه عنه، وعليه حمله غير واحد من الشيوخ.

وكذلك مسألة الذي قال: كنت أفخذها ولا أنزل فيها، أي: بين فخذيها، ولذلك لم يلحق به الولد؛ لأنا لو قدرنا هنا انفلاتا بين الفخذين فهو يسير ولا يصل ليسارته إلى الفرج، ويمحق دونه بخلاف لو أنزل ماءه كله أو أكثر منه، فهذا يخشى منه أن يسري إلى الفرج.

وقد ذهب بعضهم إلى خلاف هذا، وبأن الإنزال بين الفخذين لا يلحق به ولد؛ لأنه يفسد بمباشرته الهوى.

قالوا: ولو كان الإنزال بين شفرتي الفرج لم يختلف في إلحاق الولد منه، وكذلك اختلفوا في إلحاقه من الوطء في الدبر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1901و1902.

(2) انظر: المدونة: 2/285و286.

جامع الوكالات[1]، ودعوى الوكيل، أو الرسول أو الوصي، وتعديهم فيما ولوا والعهدة فيما باع الوكيل أو اشترى

والقضاء أن الوكيل مؤتمن لا يضمن إلا أن يتعدى، ويصدق في رد السلعة، أو ثمنها إلى الآمر؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [سورة البقرة آية: 283].

فأما من أمرته بالدفع إلى غيره، فعليه البينة كما أمر الله سبحانه بها الوصي؛ لأنه يدفع إلى الورثة، وهم غير من دفع إليه، يقول الله تبارك اسمُه: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [سورة النساء آية: 6]، ولا يضمن ما هلك بيده..

---

(1) عياض: الوكالة تكون بمعنى الحفظ، ومنه قوله تعالى: ﴿وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ وَكِيلًا﴾ [سورة النساء آية: 81].
وبمعنى الكفالة والضمان؛ قال الله تعالى: ﴿أَلَّا تَتَّخِذُوا مِن دُونِى وَكِيلًا﴾ [سورة الإسراء آية: 2]، قيل: حافظا، وقيل: كافيا، وقيل: كفيلا.
واستعمل هذا اللفظ في عرف الفقه في النيابة؛ لأن المستناب ضامن أمر من قام عنه وناب مكانه وحافظ له ومتكفل به وكاف له.
وأصل ذلك فيمن ضعف عن ذلك؛ ولذلك قالوا: رجل وكل للعي العاجز الذي يكل أموره لغيره ويضعف عن القيام بها، وقد يكون للثقة بالنائب والاستنابة له.
حمل عامة شيوخنا مذهبه في الكتاب على إجازته فعل المأمور به إذا لم يعلم بموت الآمر، بخلاف إذا علم، وإنما قولة له معلومة مشهورة.
وقال مطرف: تمضي أفعاله حتى يعزله الورثة وإن علم.
وحكى القاضي أبو محمد: أن تصرف الوكيل بعد الموت مردود.
وقال أصبغ: تفسخ وكالته بموت موكله، وله في سماعه تفصيل.
وحكى ابن المنذر أنه إجماع من العلماء يرده وإن لم يعلم.
وحكى اللخمي أنه ظاهر المذهب، خلاف ظاهر الكتاب، وتأول قوله في الكتاب على أن البائع أو المشتري من الوكيل غائبا، ولو كانا حاضرين وبين لهما الرجل أنه وكيل أو ثبت ذلك؛ كان للورثة رد ذلك.
قال: وعلى هذا يحمل قول مالك وابن القاسم في المدونة.
وأشار أبو عمران إلى أن ما في كتاب الشركة من أن اقتضاءه بعد العزل لا يبرئه وإن لم يعلم، خلاف لمذهبه هنا وعلى أحد قوليه المتقدمين، وأجرى مسألة العزل والموت مجرى واحدا، وكذلك =

قال ابن القاسم: فإن ادعى رد ما أودعته، أو وكلته عليه من سلعة أو ثمن إليك؛ فهو مصدق، ويحلف إن اتهم.

وكذلك إن ادعى أنه دفع إليك ما قد قبضه لك مما أمرته به باقتضائه فهو بريء، ويحلف إن اتهم.

قال محمد: ولا يبرأ بذلك الذي عليه الدين(1).

يريد محمد: إن كان لم يلِ الوكيل معاملته.

ولو أمرت أمينك أو غريمك في الوديعة بالدفع إلى غيرك، أو أرسلت من يقبض ذلك منه؛ لم يصدق في الدفع، إن أنكر القابض، إلا ببينة، وكذلك الرسول ليدفع ديناً أو مهراً أو خلعاً أو كتابة، فيدعي الدفع فينكر القابض.

ومن الشهادات: ومن بعث بمال صلة لرجل أو هبة، أو صدقة مع رجل، فقال: دفعته إليه، وأنكر القابض، فعلى الرسول البينة وإلا غرم، وكذلك إن أمره بصدقته على مساكين بأعيانهم، فإن لم يكونوا معينين؛ فهو مصدق.

وإن أمرت غريمَك بدفع دينك إلى رجل فقال: دفعت، وأنكر القابض لم يبرأ

اعترضها سحنون، وقد روى عن ابن القاسم خلافه في البيع بعد العزل وأنه إذا لم يعلم مضى، وقاله أشهب.

وتأول بعضهم أنه يفرق بين الموت والعزل، وإلى التسوية ذهب التونسي، وابن محرز، وتأولوا مسألة الشركة أن العزل هناك مشهور، فلم يصدقه على أنه لم يعلم به.

قال القاضي: والخلاف في هذا مبني على الخلاف في مسألة من أصول الفقه وهي: الخطاب إذا ورد متى يستقر الحكم به، هل بنفس وروده أو بالبلاغ ؟

ومنه جواز صلاة أهل قباء وتحويلهم وجوههم إلى القبلة لما بلغهم أنها حولت، وقد أوقعوا ما مضى من صلاتهم بعد نسخ القبلة وتحويلها إلى أن بلغهم، وعلى هذا الأصل الخلاف بين العلماء وفي المذهب مسائل لا تعد، وعلى هذا الخلاف ينظر في ضمان الدافع له والقابض منه وفي ضمانه هو، فإذا قلنا بالعزل ترد أفعاله، كانوا كلهم ضمانا، وإذا قلنا يمضي كان قبضه إبراء، ولم يكن هو ضامنا، وهكذا على القول بعدم العلم. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1699، وما بعدها.

(1) انظر: النوادر والزيادات: 7/230.

المأمور إلا ببينة، وإن قال القابض: قبضته وضاع مني لم يبرأ الدافع إلا ببينة[1].

يريد: ويبرأ الرسول.

قال غيره: هذا إن أمره بالدفع إليه إيداعاً، لا صلة ولا قضاء من دين.

قال ابن القاسم: وكذلك من وكلته على قبض مال من يد رجل، فقال: قبضته وضاع، فلا يبرأ الدافع إلا ببينة، إلا أن يكون القابض وكيلاً مفوضاً إليه، أو وصياً فهو مصدق بخلاف وكيل مخصوص[2].

قال في كتاب المديان: وإن قال الوصي: قبضت من غرماء الميت ما عليهم لم يكن لليتامى إن بلغوا الرشد اتباعهم، وذلك يبرئهم، وكذلك إن قال: قبضته وضاع مني صدق وبرئوا.

قال ابن هرمز: فإن ادعى ذلك الغرماء، وأنكر الوصي حلف، فإن نكل ضمن، وأما مالك فضمنه لنكوله في اليسير وتوقف في الكثير.

ورأى على قول ابن هرمز أنه يضمن في القليل والكثير.

وإذا قضى الوصي غرماء الميت بغير بينة، فأنكروا؛ ضمن إن لم يأت ببينة[3].

وفي كتاب الوديعة كثير من معاني هذا الباب.

ومن كتاب ابن المواز: وإن وكل مريض رجلاً على بيع دار، فباعها من ابن المريض، ثم قال: قبضت منه الثمن وضاع مني، فهو مصدق ولا شيء عليه، ولا على الابن[4].

ومن الأقضية: وإذا أودع القاضي رجلاً مالاً، ثم أمره بدفعه إلى فلان فقال: قد فعلت، وأنكر القابض، فالمأمور ضامن إلا أن يقيم بينة[5].

مالك: ولو أودع القاضي مال طفل بغير بينة، فأنكر المودع، فالقاضي ضامن.

---

(1) انظر: المدونة: 10/365، وما بعدها.

(2) انظر: المدونة: 10/366 و367.

(3) انظر: المدونة: 9/119، وما بعدها.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 9/272.

(5) انظر: المدونة: 8/18.

ومن الوكالات: وإن باع الوكيل ولم يشهد على المشتري، فجحده، فإنه ضامن لتغريره[1].

وإذا اشترى الوكيل بعد موت الآمر، ولم يعلم بموته لزم الشراء ورثته، وإن لم يكن قبض الثمن لزم الثمن تركته، ولو اشترى بعد علمه بموته لم يلزم الورثة، وعليه غرم الثمن، وكذلك ما باع بهذا المعنى[2].

قال في الشركة: ومن خلع وكيلاً فوض إليه في البيع والشراء واقتضاء الديون، وأشهد له بذلك ثم خلعه، وأشهد على خلعه، ولم يعلم ذلك غرماؤه، فلا يبرأ غريم بما

---

(1) عياض: وقوله (في الوكيل إذا لم يشهد على البيع فيجحده المشتري الثمن؛ أنه ضامن لأنه أتلف الثمن).

قال بعضهم: فيه دليل على أنه إنما يضمن الثمن، وإليه نحا ابن شبلون وغيره ؛ لأنه هو الذي فرط في تحصيله.

ونحا أبو محمد وغيره إلى أنه إنما يضمن قيمة السلعة؛ لأنها هي التي أتلف عليه.

قال: ومعنى ذكر الثمن هنا في الكتاب القيمة؛ لأنه قد يعبر عنها.

قال أبو محمد: وهذا كله فيما جرت العادة بالإشهاد فيه بها.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: إنما قاله لأن من استهلك سلعة بعد قيامها على ثمن فإنه يضمن ذلك الثمن الذي أعطى فيها... وهو ثمنها.

وكذلك اختلفوا إذا أسلم الوكيل دنانير الموكل فجحد المسلم إليه؛ أي شيء يضمن؟

فقال أبو بكر بن عبد الرحمن وغيره: يضمن الدنانير.

وقال غيره: يضمن الطعام.

قال أبو محمد: وهذا كله فيما جرت العادة بالإشهاد فيه، وما لم تجر العادة بالإشهاد فيه ليسارته فلا ضمان عليه ؛ لأنه إنما وكله على ما جرت به العادة لا على تكليف غير هذا.

وقد قال الشيخ أبو محمد: الوكلاء إذا لم يشهدوا ضامنون، إلا السمسار والطواف في الأسواق إذا قال: بعت الثوب من فلان وأنكر فلان الشراء ولم يقم بينة على البيع ؛ فالسمسار لا يضمن، وهو مصدق في قوله: قد بعت؛ لأن عرف الناس ألا يشهد السمسار في حين البيع.

وذكر لي عن الأبياني أنه قال: هو ضامن من حين لم يشهد.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: لا ضمان عليهم للعرف أنهم لا يشهدون، وأكثر ما عليهم اليمين إن وقعت تهمة، وتفريقه في الوكيل إذا اشترى من يعتق على الآمر بين علمه أو غير علمه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1705، وما بعدها.

(2) انظر: المدونة: 209/7، وما بعدها.

دفع إليه بعد خلعه، كان ذلك من ثمن شيء باعه الوكيل أو من غيره.

وقال غيره: وإن لم يعلم الوكيل ولا الغريم بالحجر فالغريم بريء، وإن علم بذلك أحدهما، والآخر عالم، أو غير عالم لم يبرأ الغريم[1].

وفرق ابن القاسم بين الوكيل بخلع وبين أحد المتفاوضين يقبض من الغريم بعد افتراقهما والغريم لا يعلم.

قال غيره: إذا لم يعلم بخلعه كالدافع برئ، كما قال مالك في الموت، والموت أبعد، ألا ترى الزوجة تنفق بعد موت الزوج ولم تعلم أنها تضمن، ولا تضمن ما أنفقت بعد الطلاق ولم تعلم.

قال في الوكالات:[2] ولو حطَّ الوكيل الغريم أو أخره -يريد: وكيلاً مفوضاً إليه،- فإن كان نظراً واستئلافاً؛ جاز كالعبد المأذون.

وفي كتاب المأذون: وأما الوكيل المخصوص على بيع سلعة أو غيرها فلا يجوز ما حطَّ أو أخر، بخلاف المفوض إليه[3].

ومن السلم: ولو وكله لشراء جارية أو ثوب ولم يصف له ذلك، فإن اشترى ما يشبه الآمر لزمه، وإن ابتاع ما لا يشبه أن يشترى لمثله؛ لم يلزمه إلا أن يشاء، ويلزم ذلك المأمور[4].

ولو وكلته على بيع طعام أو عرض، فباعه بغير العين من عرض، أو غيره فأنت مخير بين الرضا بذلك، أو تضمنه -يريد: ما سميت له من الثمن، وإن لم تسم فالقيمة عليه في العرض والمثل في الطعام-، ولو أمرته بالشراء، فاشترى بغير العين؛ فلك تركه، أو الرضا به وتدفع إليه مثل ما أدى.

ولو اشترى لك، أو باع بفلوس فهي كالعرض إلا فيما يبتاع الناس بها من خفيف

---

(1) انظر: المدونة: 8/403.

(2) لم أجدها في الوكالات ووجدتها في المأذون له في التجارة.

(3) انظر: المدونة: 9/158، وتهذيب البراذعي: 4/5.

(4) انظر: المدونة: 6/324.

السلع فيلزمك[1].

ومن الوكالات: وإن وكلته على شراء عبد، فابتاع من يعتق عليك غير عالم؛ لزمك وعتق عليك، وإن كان عالماً؛ لم يلزمك[2].

وقال يحيى بن عمر: يعني: ويلزم المأمور ويسترقه، ويباع عليه في الثمن، وقاله لي[3] عبيد بن معاوية.

وقال لي أبو إسحاق البرقي: إن علم المأمور عتق العبد، وضمن الآمر الثمن، فإن لم يكن له مال بيع العبد في ذلك أو بعضه، وعتق ما فضل منه، والولاء للآمر.

قال ابن القاسم: وإذا باع الآمر وباع المأمور، فأول البيعتين أحق إلا أن يقبض الثاني السلعة فهو أحق كإنكاح الوليين وقاله ربيعة[4].

وإذا باع الوكيل بالدين، فقد تعدى كالمقارض.

قال في كتاب الرهون: وكذلك لو أخذ بالثمن رهناً، فهو متعمد.

قال في كتاب الوكالات: وكذلك إن باع بالعرض ما يباع بالعين؛ فهو متعد.

وإن باع أو ابتاع بما لا يشبه من الثمن، أو بما لا يتغابن الناس بمثله لم يلزمك، كبيعة الأمة ذات الثمن الكثير بخمسة دنانير ونحوها، ويُرد ذلك كله ما لم يغب[5]، فتلزم الوكيل القيمة[6].

وإن أمرته بشراء سلعة بعشرة، فابتاعها بخمسة، فإن كانت على الصفة لزمتك، وإلا فلا.

وإن ابتاعها بعشرين، فأنت مخير في أخذها بعشرين أو ردها، ولو زاد يسيراً مما يزاد في مثل الثمن؛ لزمتك بالزيادة كالدينارين، والثلاثة في المائة، وكالدينار والدينارين في

---

(1) انظر: المدونة: 6/327 و328.

(2) انظر: المدونة: 5/332، وتهذيب البراذعي: 3/214.

(3) في الأصل: (أبي)، والمثبت موافق لما في الجامع، لابن يونس (العلمية): 7/443.

(4) انظر: المدونة: 7/217.

(5) وفي المدونة، وتهذيب البراذعي: (يفت).

(6) انظر: المدونة: 7/211، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 3/215.

الأربعين؛ إن كان يزاد في مثلها ذلك(1).

وكل ما لا يلزمك من هذا يلزم الوكيل، ويضمن لك الثمن، وإن زاد كثيراً فهلكت قبل اختبارك فهي منه، ويغرم لك ما قبض، ولو كان من الزيادة ما يلزمك؛ لقلته كانت منك، وغرمت الزيادة.

وإن أمرته بشراء سلعة تعينها، فابتاعها بألف درهم، وهي من أثمان مائة لم يلزمك إلا أن تشاء، وهي لازمة له، وإنما يلزمك لو كان شيئاً يتغابن الناس بمثله.

وإن أمرته بشراء سلعة فابتاعها معيبة، فإن كان عيباً خفيفاً يغتفر مثله، وقد يكون شراؤها به فرصة، فهي لازمة لك، ولا تلزمك في العيب المفسد إلا أن تشاء، وهي لازمة للمأمور(2).

ولا يلزم الآمر إقالة الوكيل أو حطيطته، وللآمر أن يفعل ذلك دون المأمور إذا ثبت أن البيع له باعتراف أو ببينة، والعهدة للآمر على البائع فيما ابتاعه له وكيله إذا ثبت أن ابتياعه له، وإن لم يذكر ذلك إلا عند الشراء، وإذا وجد المأمور عيباً بالسلعة بعد الشراء وقد أمر بشرائها بعينها فلا رد له، إذ العهدة للآمر.

وإن كانت بغير عينها فللمأمور الرد، ليس لأن العهدة له دون الآمر، ولكن لضمانه بمخالفة الصفة، وهو قد علم وأمكنه الرد.

قال أشهب: وإن كانت موصوفة فالآمر مقدم في الرضا أو الرد، وله أن يأخذها بعد رد المأمور إياها إن لم يجز رده، وإن فاتت ضمنها المأمور إذ تعدى بردها.

قال ابن القاسم: وهذا كله في وكيل مخصوص، ولو كان مفوضاً إليه؛ جاز جميع ما ذكرنا على الاجتهاد بغير محاباة.

وإذا أخذ الوكيل رهناً أو كفيلاً فذلك جائز، لأنه زيادة توثق، إلا أن الرهن إن هلك قبل علم الآمر فهو من الوكيل، وإن هلك بعد علم الآمر، ورضاه به فهو منه، وإن رد الآمر الرهن، فليس للوكيل حبسه(3).

---

(1) انظر: المدونة: 7/214 و215.

(2) انظر: المدونة: 7/212، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 3/214 و215.

(3) انظر: المدونة: 7/221، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 3/219، وما بعدها.

ولو أسلم لك في طعام بأمرك ثم أخر به البائع بعد محله؛ لم يلزمك تأخيره.

وفي باب الوكالة[1] في السلم بقية هذا المعنى[2].

جامع التداعي بين الآمر، والمأمور

والقضاء أنَّ كل مدع مكلف للبيان وله اليمين على من أنكره.

قال ابن القاسم: إن باع الوكيل السلعةَ بعشرة، وقال: بذلك أمرني ربُّها، أو قال: أمرني ببيعها بما رأيت، وقال الآمر: بل أمرتُك باثني عشر درهماً أو بطعام، فإن لم تفت حلف الآمر إن شاء وأخذها، وإن فاتت حلف المأمور، وبرئ ما لم يبع بما يستنكر[3].

قال: ويصير الآمر في فوتها مدعياً للتضمين، وفوتها هٰهنا زوال عينها، كذلك روى الأندلسيون عن ابن القاسم.

وفي المستخرجة: إذا اشتراها لنفسه، فإن حوالة الأسواق فيها فوت[4].

وأما في العين إن قال: أمرتك أن تبتاع به طعاماً، وقال المأمور: بل هذه السلعة، فالمأمور مصدق مع يمينه، إذ الثمن مستهلك كفوت السلعة[5].

وكل مستهلك ادعى المأمور فيه ما يشبه وادعى الآمر غيره، فالمأمور مصدق.

وإذا باع المأمور السلعة بطعام، وقال: بذلك أمرني، فأنكر الآمرُ، فإن كانت مما لا يباع بذلك مثلها ضمن.

قال غيره: إن كانت قائمة لم يضمن، والآمر مخير في أخذ الطعام، أو ردها، فإن فاتت فله القيمة إن شاء، أو ما بيعت به من عرض أو طعام[6].

---

(1) في الأصل: (الو)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(2) انظر: المدونة: 6/323.

(3) انظر: المدونة: 7/228.

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/200.

(5) انظر: المدونة: 7/228.

(6) انظر: المدونة: 7/218.

عياض: وقوله (في الذي يبيع السلعة بما لا تباع به: يضمن.

وقال غيره: إنما يضمن إذا فاتت وهو بالخيار في قيامها في الإجازة أو الرد) ؛ ليس بخلاف، وانظر لو

والقول في بيعه إياها بشيء إلى أجل في اختصار السلم.

وإن باع بالعين وقال الآمر: أمرتك بطعام، فالآمر مصدق، وإن لم تفت السلعة، وإن فاتت فالقول قول المأمور[1].

كان المأمور لم يعلم المشتري بأنها لغيره واحتاج إلى إثبات ذلك والخصام فيه هل هو فوت؟ والأشبه أنه فوت، وكذلك لو أثبت ولزمه اليمين، وإنما الذي لا إشكال فيه إذا أعلم المأمور المشتري بتعديه وأجمل في جوابه بقوله: بما لا تباع، وقد سأله عن بيعها بالعروض والطعام لكنه قد فصله في غير هذا الموضع؛ ففي السلم: (أنه إذا باع بغير العين ضمن).

وفي الرهون: (إذا باع بعرض ضمن)، وقول غيره بعد هذا: وإنما البيع بالأثمان، وهي الدنانير والدراهم.

قال بعضهم: يدل منه أنه لو باع بالدنانير ما يباع بالدراهم أو بالدراهم ما يباع بالدنانير أنه جائز وأنه غير ضامن، وهو لأشهب.

قال: وهو جائز.

وقال أصبغ: يعني لا ضمان عليه، قال: وهذا إن كانت الدراهم مثل صرف الدنانير التي تباع بمثلها، وذلك استحسان؛ لأنها عين.

وانظر مسألة السلم ومنعه وقول غيره في اختلاف الآمر والمأمور، مثل أن يدعي المأمور أنه أمره أن يبيعها بدينار إلى أجل أو بخمسة، وهو ثمن مائة، أو بطعام وعرض وليس مثلها يباع به؛ فالمأمور في كل هذا مدع، والقول قول الآمر.

كتب سحنون عليها: ابن القاسم يقول: القول قوله، وأنكر هذا أبو عمران، وقال: الذي لابن القاسم خلافه في العتبية أن القول قول المأمور، وقال: لا يعرف لابن القاسم غيره، وهو الصحيح.

قال القاضي: وكذا في كتاب محمد لابن القاسم؛ القول قول المأمور بمنزلة اختلافهما في العدد، ولكن هذا يدل أن كلامه في المسألة في فوات السلعة، وعلى هذا حملها اللخمي.

وفي كتاب ابن حبيب لمطرف وابن الماجشون وأصبغ وابن القاسم: أن القول قول الآمر، قائمة كانت أو فائتة، ورأى أن بيع الأجل مما يستنكر.

قال اللخمي: وإنما يختلف في الفوات، وأما الاختلاف في عدد العين وفي العين والعرض وفي نوع العرض، فقد تقدم لمالك وابن القاسم أول الباب ما يدل عليه، بقوله: (إذا باعها بما لا تباع به فهو ضامن) وقوله في الباب فهو قبل هذا في الاختلاف في العدد: (إذا فاتت حلف المأمور إذا كان ما باع به غير مستنكر وما لا يعرف من الثمن)، فهذا كله أصل المسألة الذي لا يختلفان فيه في الكتاب.

وقد قال (في ادعاء الآمر بيعها بالعرض والمأمور بالعين: أن القول قول المأمور إذا فاتت). اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1710، وما بعدها.

(1) عياض: وقد قال مطرف مثله إذا اختلفا فيما يشبه من العدد. قال: ولو ادعى المأمور أنه أمره ببيعها

قال غيره: وإذا ادعى المأمور أنه أمره بما لا يشبه من يسير الثمن في البيع، أو كثيره في الشراء، وأن يبيع ويشتري بغير العين؛ لم يصدق، وهو في بيعه بغير العين مبتاع غير بائع، لأن العين ثمن وسواه مثمون، لا يجوز أن يبيعه حالاً من ليس هو عنده[1].

وإن كان مما يوزن أو يكال، ويجوز شراؤك بالعين وليس هو عندك، والبيع لا ينتقض باستحقاق الثمن، وينتقض باستحقاق المثمونات، وما ادعى المأمور من ذلك مما يشبه صدق في كل فائت مع يمينه، والآمر مصدق فيما لم يفت مع يمينه، وكذلك =

بالعرض، وقال الآمر بالعين؛ فهو مصدق إن لم تفت؛ فإن فاتت فهو مخير في أخذ قيمة السلعة أو أخذ ما باعها به.

قال: وكذلك لو باعها بالعين وقال الآمر: أمرتك بالعرض، أو باعها بعرض وقال الآمر: أمرتك بعرض يخالفه في حضورها وفوتها، فجعل في هذه الوجوه كلها المأمور ضامنا والقول قول الآمر، كذا نص عليه في كتاب ابن حبيب، ووصل بها اختلافهما في النقد والدين المسألة المتقدمة.

وقال بإثر ذلك: وقاله ابن الماجشون وأصبغ وابن القاسم، وكذا نقلها أبو محمد في نوادره.

ومن حقق من الشارحين خلاف ما نقلها أبو بكر بن يونس من تسويتهما في الاختلاف فيما يشبه من كثرة الثمن وقلته، وأن القول قول الآمر في فواتها.

واعترض بعض الشيوخ من مسألة مطرف، إذا قال الآمر: أمرتك بعرض، وقال المأمور: بعين أو بعرض غيره؛ أنه يجب أن يكون في الوجهين القول قول المأمور في الفوات إذا لم يدع منهما ما يستنكر من بيعه بالعين أو بعرض آخر؛ إذ قد اعترف الآمر أنه أمره ببيعها بعرض، فلم يأت في بيعه بما يستنكر على أصله في الكتاب وغيره، وصار مدعيا ما يشبه، فلم يكن ضامنا.

وذهب غيره من الشيوخ إلى أن مسألة العرض يدخل فيها القولان، في المأمور باشتراء قمح، فاشترى تمرا، فجعله مالك في الكتاب: (القول قول المأمور)، واتفق في ذلك قول ابن القاسم وغيره في الباب المتقدم وآخر الكتاب في هذا الباب، وقاله ابن حبيب، وقال: إليه رجع مالك بعد أن كان يقول: القول قول الآمر، ولأن الثمن مستهلك، ولأنه أيضا أمين إذا ادعى ما يشبه؛ إذ لا ينكر شراء ما اشترى بالعين.

وروى ابن نافع عن مالك مثله، وقاله عبد الملك ومطرف وابن القاسم في كتاب محمد، ورواه أشهب عنه في كتاب أبي الفرج: أن القول هنا قول الآمر، والصواب في هذا أن المأمور هنا مدع ما يشبه؛ إذ ليس لما يؤخذ عوضا عن العين عرف، ولما تباع به تلك السلعة من العروض عرف، ولأنه لا يتهم الإنسان أن يشتري غير ما أمر به بغير معنى إذا أشبه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1713، وما بعدها.

(1) انظر: تهذيب البراذعي: 3/218 و219.

الصانع مصدق فيما يشبه من الصنعة الفائتة بالعمل[1].

قال ابن القاسم: إذا أمرت رجلاً يسلم لك دراهم دفعتها إليه في طعام ففعل، ثم رد البائع إلى المأمور دراهم رديئة، وزعم أنها التي قبض، فإن عرفها المأمور لزمت الآمر، أنكرها أم لا، لأنه أمينه.

وإن لم يعرفها هو، ولا الآمر؛ أحلف المأمور أنه ما أعطاه إلا جياداً في علمه، ثم للبائع أن يحلف الآمر أنه ما يعرفها من دراهمه، وما أعطاه إلا جياداً في علمه، فإن لم يعرفها المأمور وقبلها، أحلف الآمر، وبرئ وأبدلها المأمور لقبوله إياها[2].

---

(1) انظر: المدونة: 7/219، وما بعدها.

(2) انظر: المدونة: 7/211.

عياض: ومسألة (المأمور ترد عليه دراهم الآمر)، هي في الكتاب على ثلاثة وجوه:

الوجه الأول إذا عرفها المأمور لزمت الآمر، ولا يمين إلا أن يدعي الآمر أنه أبدلها فيتصور فيها ما يتصور في المودع.

وحكي عن أشهب أنه يبدلها بعد يمين البائع أنها هي؛ لأنها قد خرجت من يده ببينة وغابت عنه.

واختلف هل هو سواء قبض المأمور المشترى أو لم يقبضه وهو مصدق فيما قاله، أو إنما يكون مصدقا ما لم يقبض، فإذا قبض فقد انقضت الوكالة ولم يصدق إلا أن يكون وكيلا مفوضا إليه.

الوجه الثاني: لا يعرفها المأمور ولا يقبلها، فقال في الكتاب: (يحلف المأمور أنه ما أعطاه إلا جيادا في علمه، ولزمت البائع وللبائع أن يستحلف الآمر)، كذا في المدونة.

واختصرها أبو محمد وغيره: ثم للبائع أن يحلف الآمر، فعلى تأويل أبي محمد يكون المأمور متقدما، وهو الذي عند محمد؛ لأنه الذي ولي المعاملة والذي يحقق البائع عليه الدعوى، ولأنه الذي عليه عهدة المعاملة.

وقيل: بل الآمر مقدم، والواو هنا لا تعطيه رتبة؛ لأن الآمر هو المالك للسلعة والمقدم في الطلب ولأن الوكيل بالدفع تمت وكالته وانقضت، فإذا حلف الآمر برئ ورجع إلى تحليف الوكيل، ومن نكل منهما حلف البائع وأخذ منه حقه، فإن كان الآمر الناكل وحلف البائع وغرم له الآمر ؛ لم يحلف المأمور إلا أن يتهمه ببذلها، فيحلفه، وإن نكل البائع هنا لم يكن له - أيضا - على المأمور يمين؛ لأن نكوله عن يمين البائع نكول عن يمين المأمور؛ إذ هما سواء، وإن ابتدأ بالمأمور فنكل حلف البائع وأبدلها؛ لأن رجوع المأمور على الآمر هنا، فإن نكل لم يكن له أيضا شيء ولأنه بالحقيقة كالمضمون مع الكفيل.

وقيل: بل يبدأ البائع بتحليف من شاء منهما؛ إذ كل من نكل منهما كان له أن يحلف ويغرمه.

الوجه الثالث: ألا يعرفها المأمور ويقبلها، فهذا قد قطع طلبه عن البائع فيبدلها له، ولا يلزم الآمر

وإن أمرته يرهن لك سلعتك فقال: أمرتني برهنها في عشرة، ففعلت ودفعت العشرة إليك، وصدقه المرتهن، وقلت أنت: بل في خمسة وقد قبضتها، أو قلت: لم أقبضها، فالقول قول المرتهن فيما بينه وبين قيمة الرهن، فما انتهى ذلك إليه، فالقول قول الوكيل فيه، وفي دفعه إليك.

ألا ترى أن الوكيل على البيع موكل على قبض الثمن، وإن لم يسم له القبض في أصل الوكالة له، ويكون مصدقاً على دفعه إلى الآمر، ويبرأ الدافع كتصديق المودع في رده الوديعة.

قال المغيرة: فإن أعرته إياها ليرهنها لنفسه، فلا تكون رهناً إلا بما أقررت أنت به، والمستعير مدع[1].

قال محمد: وإن أمر بقبض دين له فقال: قبضته ودفعته إليك أو ضاع مني، وأنكر الآمر، فالمأمور بريء، ويحلف، ولا يبرأ الدافع إليه إلا ببينة، وإلا حلف الآمر أنه ما وصل إليه شيء ولا علم أنه وصل ذلك إلى رسوله[2].

يريد محمد: إذا لم يلِ المأمور معاملته في ذلك الدين، فأما لو ولِيَ متابعته أو رهن ثوباً عنده وقبض منه المال وقال: دفعته إلى الآمر كان مصدقاً في براءة نفسه وفي براءة

قبولها له ولا شيء عليه.

وقال في الكتاب: ويحلف الآمر أنه ما يعلمها من دراهمه وما أعطاه إلا جيادا في علمه، ولزمت المأمور لقبوله إياها.

واختلف في إيجاب اليمين على الآمر هنا ولم يتحقق عليه الدعوى؛ فقيل: هو على أحد القولين في هذه المسألة وأيمان التهم والاستظهارات.

وقيل: بل وجد المأمور عديما فلذلك حلف البائع هنا الطالب؛ لأنه لا شفعة له بقبوله، فيبقى على أصل طلبه.

قال: هذا ولو كان المأمور موسرا لم يكن للبائع على الآمر سبيل، وللمأمور إذا غرم أن يحلف الآمر، وإلى هذا نحا أبو عمران. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1702، وما بعدها.

(1) انظر: المدونة: 7/229 و230.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/230.

الدافع إليه.

وكذلك قال ابن القاسم في كتاب الوكالات.

قال ابن القاسم: وإن قال: أمرتني ببيع هذه الثياب، وقال ربها: بل برهنها، صدق ربها، فاتت أو لم تفت[1].

يريد: مع يمينه.

وإن وكله لشراء جارية بربرية فبعث بها إليه فوطئها، ثم قدم الوكيل بأخرى، فقال: هذه لك والأولى وديعة، ولم يكن الوكيل بيّن ذلك حين بعث بها، فإن لم تفت حلف وأخذها، ودفع إليه الثانية، وإن فاتت الأولى بولد منه، أو شيء من وجوه العتق لم يصدق إلا ببينة، فإن قامت بينة أخذها، وتلزم الآمر الجارية الأخرى.

وذلك أن مالكاً قال: إذا أمره بشراء جارية بمائة، فبعث بها إليه، فلما قدم قال: ابتعتها بخمسين ومائة إنها إن لم تفت خير الآمر بين أخذها بما قال أو ردها، وإن فاتت بما ذكرنا لم تكن عليه إلا بمائة، فمسألتك مثله[2].

والقول في دعوى أحد المتبايعين أنه ابتاع على خيار، أو على أنه إن لم يأت بالثمن فلا بيع بينهما، أو ادعى البائع أن الثمن حال، وقال المبتاع: إلى أجل، وفيمن رد حمل طعام بعيب، فزعم البائع أنه باع حملين مذكور في باب اختلاف المتبايعين في البيوع الأول.

ومن المديان: من أمر رجلاً يدفع لفلان ألف درهم، قال: عني أو لم يقل، ففعل ثم قال الآمر: كانت ديناً لي على المأمور وأنكر المأمور، وقال: بل أسلفته إياها، فالقول قول المأمور[3].

يريد: ويحلف.

---

(1) انظر: المدونة: 7/228.

(2) انظر: المدونة: 7/216 و217.

(3) انظر: المدونة: 9/128.

جامع الوكالات

وإن وكلته بشراء شيء ولم تدفع إليه ثمناً، فاشترى بما أمرته ولم يتعد، ثم أخذ منك الثمن، فضاع فعليك غرمه ثانية، وكذلك إن ضاع ثانية ومراراً أبداً حتى يصل إلى البائع.

ولو كنت دفعت إليه الثمن قبل الشراء فذهب بعد الشراء؛ لم يلزمك غرمه إن أبيت؛ لأنه مال بعينه ذهب، بخلاف الأول، ويلزم المأمور، والسلعة له، وإن أسلفك المأمور الثمن من عنده، فليس له حبس السلعة بالثمن؛ لأنها وديعة لا رهن[1].

وقد قال مالك فيمن أمر رجلاً يشتري له لؤلؤاً من بلد وينقد عنه، فقدم فزعم أنه ابتاعه ونقد فيه، ثم تلف اللؤلؤ: إنه يحلف على ذلك، ويرجع بالثمن على الآمر؛ لأنه أمينه، فلو كان كالرهن عنده لضمنه، أو قاصه بالقيمة في الثمن[2].

---

(1) انظر: المدونة: 216/7.

(2) عياض: ومسألة اللؤلؤ: قال بعضهم: تدل على أن الأمين على الشيء يحلف وإن لم يكن متهما.

قال القاضي: وهذا عندي ليس بالبين؛ لأن هذا إنما حلف لتغريمه الآمر ثمن اللؤلؤ الذي زعم أنه اشتراه وإثبات ائتمانه شيئا في ذمة الآمر، فهي أقوى من الإئتمان المجرد، فإنما يحلف ليحق دعواه، ألا تراه كيف لم يجعله في الكتاب يحلف على أنها تلفت كما جعله يحلف لقد اشتراه ونقد؟

وأصله في الكتاب أنه لا يحلف في هذا إلا أن يكون متهما، وقد نص عليه آخر المسألة لكنه أصل مختلف فيه، هل هو مصدق أم لا؟ وعليه يأتي الخلاف في مسألة المستأجر على تبليغ الكتاب ومدعي البناء في الدار عن أمر الآمر.

وقد جعلوا مسألة قول المسلم إليه: (كله لي في غرائرك) من هذا، وأنه قول آخر خلاف ما هنا.

وقد فرق بعضهم بين المسألتين بفروق معروفة وجعلوها أصولا مختلفة.

لكنه لما حلف على ما يجب عليه وصل به تمام دعواه.

قالوا: لأنه لو أقر أنه لم ينقد وقامت البينة على شرائه اللؤلؤ لغرم له الآمر الثمن ودفعه إلى رب السلعة، فاليمين إنما هي على الشراء خاصة ودفع الثمن على كل حال على الآمر للبائع، إن كان الوكيل لم ينقد، وإن كان نقد فله، بخلاف مسألة القيام بالعيب على الغائب، هذا يحتاج إلى اليمين على النقد، وهذه المسألة إنما أمره أن يبتاع له من عنده. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1716، وما بعدها.

ولو قال له: انقد عني فيه، واحبسه حتى أدفع إليك الثمن كان سبيل الرهن، ولو ابتاع ذلك له ببينة أو غيره مما يغاب عليه ثم ادعى هلاكه؛ لم يكلف بينة ولا يضمن، ويرجع بالثمن على الآمر، وإن اتهمه حلف(1).

ولا بأس أن تأمر[ه](2) يبتاع لك ثوباً بطعامه هذا، أو بثوبه هذا، وذلك قرض وعليك المثل فيهما(3).

ولا بأس أن توكل عبد محجوراً عليه أو مأذوناً.

قال في السلم الثاني: وأكره أن توكل نصرانياً على سلم أو بيع أو شراء أو تستأجره على تقاض، أو تبضع معه، وكذلك لو كان عبداً لك(4).

ومسألة العبد يدفع مالاً لمن يشتريه في اختصار العتق، ومسألة الذي سأل غريمه أن يبتاع له بالدين الذي عليه شيئاً في باب الدين بالدين.

تم الكتاب والحمد لله رب العالمين،

وصلى الله على النبي محمد وآله وسلم.

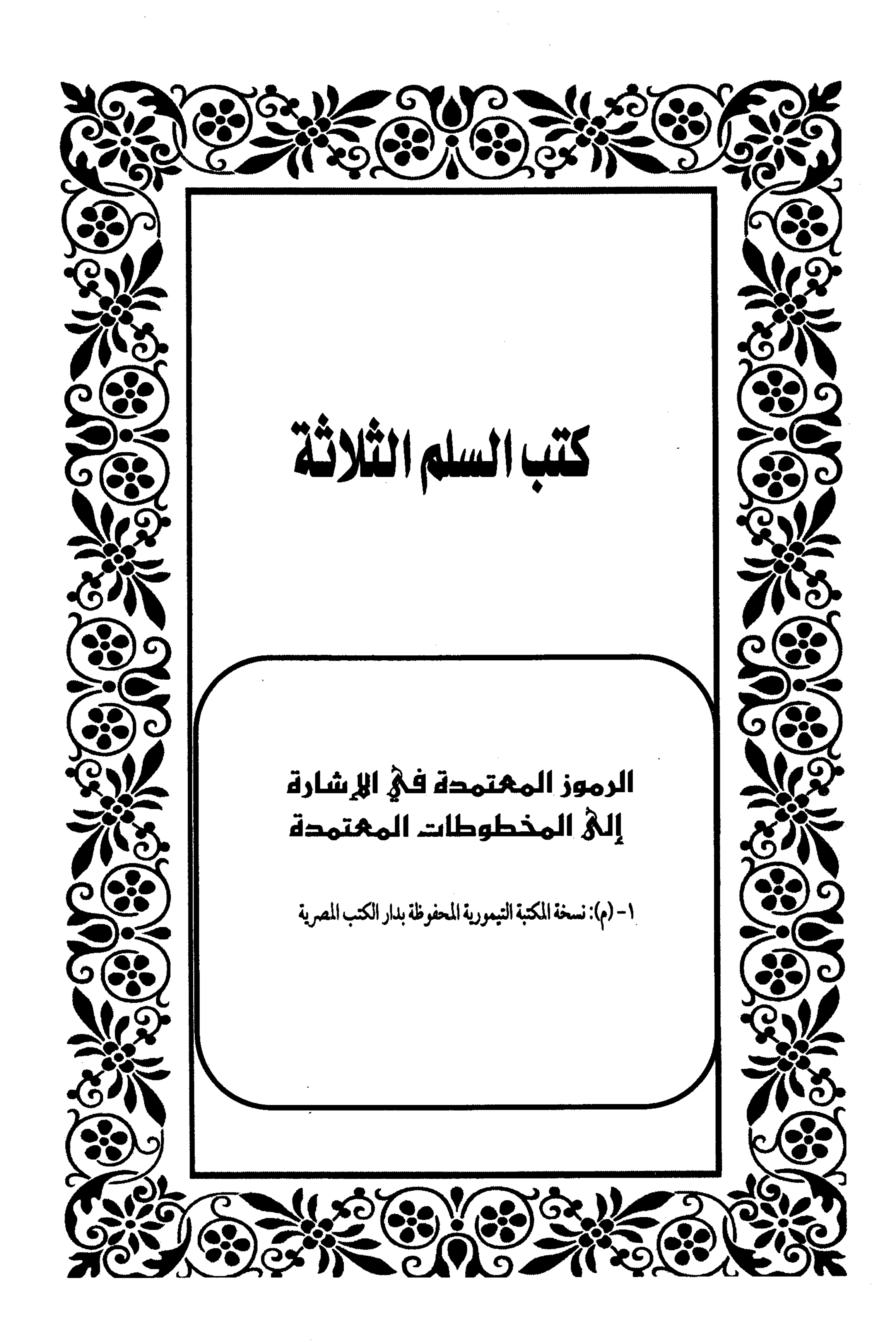


(1) انظر: المدونة: 7/225و 226.

(2) انظر: تهذيب البراذعي: 3/215.

(3) انظر: المدونة: 7/214.

(4) انظر: المدونة: 6/326.



كتب السلم الثلاثة

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١- (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية



كتب السلم[1] الثلاثة

بما دخل من بعضها في بعض، وما دخل فيها من غيرها، وفي الطعام بالطعام متفاضلاً، أم جنس بجنسه أو بخلافه ومعاني المزابنة فيه، وبيع اللحم بالحيوان

ومما بين الرسول ﷺ من أبواب الربا في الطعام: تحريم التفاضل والنَّساء في الصنف الواحد منه، فقال ﷺ: **«البر بالبر إلا هاء وهاء»**[2].

وكذلك قال ﷺ في الشعير، والتمر، والملح، وقال في ذلك في حديث آخر: **«مثلاً بمثل فمن زاد واستزاد فقد أربى»**[3]، فلم يذكر في الحديث إلا المدخرات.

---

(1) عياض: سمي ما قُدِّم فيه رأس المال وأُخِر المشتَرَى سلماً؛ لتسليمه دون عوضه في الحال، ومنه سمي سلفاً أيضاً، والسلف: ما تقدم، ومنه سلف الرجل: متقدم آبائه.

وحكى الخطابي عن عمر وفي رواية: عن ابن عمر أنه كان يكره أن يسمى السلف سلماً، ويقول: هو الإسلام إلى الله، كأنه ضن بالاسم أن يمتهن في غير الطاعة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1363.

(2) عياض: وهَاْءَ وهَاْءَ بالمد والفتح غير منون بمعنى واحد: خذ وتناول؛ أي يقول كل واحد منهما لصاحبه ذلك.

وقيل: هو بمعنى خذ وأعط.

وأكثر المحدثين والفقهاء يقولونه بالقصر، وقد قيل فيه ذلك.

ويقال: هَأْ، بالهمزة ساكنة، فمن قصره فهو تسهيل هذا الوجه، ومنه قولهم: هاكم، ويقال: هاءِ ممدود مكسور والمد والفتح أفصح وأشهر؛ قال الله تعالى: ﴿هَآؤُمُ ٱقۡرَءُواْ كِتَٰبِيَهۡ﴾ [سورة الحاقة آية: 19]. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1484و1485.

والحديث متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/750، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، في كتاب البيوع، برقم: 2027، ومسلم: 3/1209، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، في كتاب المساقاة، برقم: 1586، ومالك في الموطأ: 2/636، باب ما جاء في الصرف، في كتاب البيوع، برقم: 1308.

(3) أخرج مسلم: 3/1211، في باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، من كتاب المساقاة، برقم: 1588، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

ونهى ﷺ «عن الرطب بالتمر»[1]، وفي حديث آخر: «نهيه عن المزابنة»[2].

ورويَ أنه نهى عن اللحم بالحيوان[3].

فلما ذكر في الحديث على الأقوات، وهو: البر، وأدنى المؤتدمات، وهو: الملح، ألحق العلماء ما لم يسم من قوت، أو إدام بما سماه مما أشبهها في تحريم التفاضل في الجنس [(م: 172/أ)] الواحد من المدخرات، وكان أظهر العلل في المستثنيات، أنها أقوات مدخرات.

وقد نهى الرسول ﷺ المصدق أن يبادل الجمع من التمر بالجنيب[4] متفاضلاً[5].

---

(1) متفق عليه أخرجه البخاري: 2/763، في باب بيع المزابنة وهي بيع الثمر بالتمر وبيع الزبيب بالكرم وبيع العرايا، من كتاب البيوع، برقم: 2072، ومسلم: 3/1167، في باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، من كتاب البيوع، برقم: 1534.

(2) متفق عليه: أخرجه البخاري: 2/760، في باب بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام، من كتاب البيوع، برقم: 2063، ومسلم: 3/1171، في باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، من كتاب البيوع، برقم: 1542، ومالك: 2/624، في باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة، من كتاب البيوع، برقم: 1294.

(3) أخرجه مالك: 2/655، في باب بيع الحيوان باللحم، من كتاب البيوع، برقم: 1335، والشافعي: 1/250، برقم: 1227.

قال ابن حجر في تلخيص الحبير 3/10: مالك وعنه الشافعي من حديث سعيد بن المسيب مرسلاً وهو عند أبي داود في المراسيل ووصله الدارقطني في الغرائب عن مالك عن الزهري عن سهل بن سعد وحكم بضعفه وصوب الرواية المرسلة التي في الموطأ وتبعه بن عبد البر وابن الجوزي وله شاهد من حديث بن عمر رواه البزار وفيه ثابت بن زهير وهو ضعيف وأخرجه من رواية أبي أمية بن يعلى عن نافع أيضا وأبو أمية ضعيف وله شاهد أقوى منه من رواية الحسن عن سمرة وقد اختلف في صحة سماعه منه أخرجه الحاكم والبيهقي وابن خزيمة).

(4) قال الزمخشري: جمع الجمع: صنوف من التمر تجمع. والجنيب: نوع منه جيد وكانوا يبيعون صاعين من الجمع بصاع من الجنيب فقال ذلك تنزيها لهم عن الربا)، وانظر المسألة في: الفائق في غريب الحديث: 1/234.

(5) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/808، في باب الوكالة في الصرف والميزان، من كتاب الوكالة، =

وكذلك أصناف التمر في كثير أسمائه، فلما لم يجز ذلك في الجنسين منه وهما اسمان، إلا أنهما في النفع والخلقة متشابهان، كان كذلك ما أشبهه من الطعام في النفع والصفة؛ فكأنه جنس واحد في تحريم التفاضل فيه، إذا كان مدخراً، فقد تقاربت منافعه وصفته.

وكذلك أصناف الزبيب، وسائر لحوم الأنعام، على اختلاف أسمائها؛ لتقارب نفعها ومعناها، وليس إفراد الشعير بالذكر يمنع أن يكون له حكم البر.

وقد قال الله سبحانه: ﴿مِّنَ ٱلضَّأْنِ ٱثْنَيْنِ وَمِنَ ٱلْمَعْزِ ٱثْنَيْنِ﴾ [سورة الأنعام آية: 143] جمع المسلمون بينهما في الزكاة.

وما رويَ في حديث عبادة: «**بيعوا القمح بالشعير كيف شئتم**»، قيل: إنه فتيا من لفظ من نقل الحديث[1]، وكذلك رويَ ملخص، وهذا السلت منفرد باسم، وقد حكم له بحكم الشعير من خالفنا، وكذلك العلس بحكم البر.

قال ابن القاسم: قال مالك في السلم الثالث: فالقمح والشعير والسلت، كجنس واحد، وكل واحد من الدُّخْن[2] والأرز والذرة، صنف على حدته، وكذلك كل اسم من القطنية فصنف واحد[3].

وقال في غير المدونة: إلا البسيلة[4] مع الجلبان فإنهما صنف، وكذلك اللوبيا مع =

برقم: 2180، ومسلم: 3/1215، في باب بيع الطعام مثلا بمثل، من كتاب المساقاة، برقم: 1593، ومالك: 2/623، في اب ما يكره من بيع التمر، من كتاب البيوع، برقم: 1292.

(1) قال ابن رشد: وبيعوا البر بالشعير كيف شئتم، زيادة لم تتفق عليها جميع رواته، فيحتمل أن يكون ذلك من قول الراوي قياساً على قول النبي ﷺ. اهـ.
انظر: المقدمات والممهدات: 1/358.

(2) قال الفيومي: (و «الدُّخْنُ» حبّ معروف الحبة «دُخْنَةٌ»)، انظر: المصباح المنير: 1/191، وقال ابن منظور: (الجَاوَرْس وفي المحكم حَبُّ الجاوَرْس واحدته دُخْنَة)، انظر: لسان العرب: 13/149 تركيب(دخن).

(3) انظر: المدونة: 6/417، وما بعدها.

(4) قال ابن منظور: (والبَسِيلة عُلَيْقِمَة في طَعْم الشيء والبَسِيلة التُّرْمُس حكاه أَبو حنيفة قال وأَحسبها سميت بَسِيلة للعُلَيْقِمة التي فيها وحَنْظَلٌ مُبَسَّل أُكِل وحده فتُكْرِّه طَعْمُه وهو يُحْرِق الكَبِد)، انظر: لسان العرب: 11/53.

الحمص لتقاربهما[1].

قال: وآخر قول مالك أن جميع القطنية، صنف واحد، وبأول قوله أقول[2].

وجنوس التمر كله جنس واحد، وجنوس الزبيب صنف واحد.

وكل طعام أو إدام فلا يجوز التفاضل فيه بصنفه، وإن كان يداً بيد، إلا ما لا يدخر من ذلك[3]، من رطب الفواكه، كالتفاح والرمان والموز والخوخ ونحوه. وكذلك جميع

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/7 و8.

(2) انظر: المدونة: 6/420.

(3) عياض: واختلف الشيوخ في مذهَبِ الكتاب فيما لا يجوز التفاضل فيه من المطعومات: فتأول أبو جعفر بن رزق القرطبي أن مذهبه أن التفاضل إنما يتعلق بالمقتات المدخر الذي هو أصل العيش غالباً، وهي علة الربا في الطعام عند البغداديين من أئمتنا، فيختص على هذا بالحبوب المقتاتة المدخرة للعيش غالباً، ومثلها التمر والزبيب وشبهه، وكذلك ما في معناها مما يصلحها كالملح وهذا مما لا يختلف فيه في المذهب، ولا يمتنع التفاضل على هذا في الجوز واللوز وشبهه مما يدخر ويقتات، لكن ليس هو أصل العيش غالبا.

وذهب كثير من مشايخنا أنه لا يلزم فيه التعليل بكون العيش منه غالباً، وإنما المراد ادخاره غالباً وكونه قوتاً، فألزم امتناع التفاضل في وقد قال في المدونة: (وكل شيء من الطعام يدخر ويؤكل ويشرب، فلا يصلح منه اثنان بواحد من صنفه وكل طعام لا يدخر، وهو يؤكل ويشرب فلا بأس بواحد منه باثنين يداً بيد).

وعلى اختلاف التعليل اختلف المذهب في التفاضل في البيض والتين؛ لأنهما مدخران، وليسا بأصل معاش غالباً، وأما الادخار فلا بد منه من شرط العادة فيه ولا يلتفت إلى ادخاره نادراً، فيجوز التفاضل في الخوخ والرمان والكمثرى وشبهه وهذا نص المدونة، ومشهور المذهب.

وروى ابن نافع عن مالك كراهة التفاضل في الخوخ والرمان وشبهه. وقال: لأنه يدخر وييبس، فهذا قول لا يشترط غالب الادخار أيضاً وأما ما لا ييبس ولا يدخر جملة كالقثاء وشبهه، فلا خلاف في جواز التفاضل فيه.

ومسألة الشعير والقمح بالشعير والقمح وقوله: (إنما خشي مالك من ذلك الذريعة لما يكون بين القمحين من الجودة أو لفضل الشعيرين)، فقد مر كلام فضل فيها ومعارضة سحنون بها مسألة الذهوب في المراطلة في كتاب الصرف.

ومسألة (الشاة المذبوحة بالشاة المذبوحة وقوله: لا بأس ببيعهما مثلا بمثل على التحري وإن كانتا غير مسلوختين).

وقع في بعض الروايات في الكتاب: قال سحنون: هذا فيما لا يقدر على تحريه، وكان في كتاب ابن

الخضر، والبقول، فلا بأس بصنف من ذلك كله بصنفه، أو بخلافه يداً بيد متفاضلاً؛ لأن الحديث إنما ذكر فيه أصول المعايش المدخرات.

ولا بأس بصنف من المدخرات، بخلافه متفاضلاً يداً بيد.

محمد: قال مالك: في الثوم والبصل إن لهما حكم كان رطباً أو يابساً لا ينبغي فيه التفاضل[1].

سئل مالك عن الثوم متفاضلاً، فكرهه وما لا يجوز فيه التفاضل، فلا يجوز فيه جزاف بجزاف، أو كيل بجزاف[2].

ولا خير في إردب[3] حنطة وإردب شعير بمثلهما، ولا في مد حنطة ومد دقيق بمثلهما، كان أحد الحنطة سمراء أو كلاهما، وهو ذريعة إلا أن يأخذ بفضل حنطته فضل شعير صاحبه؛ لاجتماعه في صفقة وهو على الانفراد جائز.

وكذلك مدان من طعام مدخر، بمدين صنفه ودراهم أو عرض وذلك، كالذهب بالذهب، والفضة بالفضة، لا ينبغي أن يكون معهما أو مع أحدهما عرض، أو خلافهما من ذهب أو فضة[4].

ومن كتاب القسم: وإن تبادلا قمحاً عفناً بعفن مثله، فإن اشتبها في العفن؛ جاز، وإن تباعدا؛ لم يجز.

قال: وإن كانا [(م: 172/ب)] مغشوشين، أو كان أحدهما أو كلاهما كثير التبن، أو التراب، حتى يصير خطراً؛ لم يجز أن يتبادله، إلا في الغلث الخفيف، أو يكونا نقيين، وكذلك سمراء مغلوثة بشعير مغلوث.

عتاب مخرجا إليه محوقا عليه، وهو قول أصبغ. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1475، وما بعدها.

(1) انظر: النوادر والزيادات: 9/6.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 21/6.

(3) الإردب بكسر الهمزة وفتح الدال وتشديد الباء بواحدة مفتوحة، هو مكيال معروف لأهل مصر مقدار أربعة وعشرين صاعاً، انظر: مشارق الأنوار، لعياض: 286/1.

(4) انظر: المدونة: 426/6 و427.

وإذا كان أحد القمحين نقياً، والآخر مغلوثاً؛ لم يجز بدل هذا بهذا، وكذلك الشعيرين؛ لأنه كالتفاضل والحشف في التمر، بخلاف ذلك؛ لأن الحشف من التمر والغلث في الطعام؛ هو غير الطعام(1).

ومن السلم الثالث: ولا بأس ببيع البلح الصغير بعضه ببعض متفاضلاً؛ لأنه علف(2).

وكذلك بلح نخلة ببلح نخلتين، على أن يجداه(3).

وبعد هذا ذكر القصيل بالزريعة.

ولا بأس بالماء بمثله متفاضلاً يداً بيد، وبيعه بطعام إلى أجل، وبيعه قبل قبضه.

ولا بأس بزريعة السِّلق(4) والكراث والخِرْبِز(5)، بعض ذلك ببعض، متفاضلاً يداً بيد من صنف واحد، أو من صنفين(6).

قال أصبغ: والكمونين والشمار والآنيسون ليس بطعام.

وقال ابن القاسم: إن ذلك مثل الطعام.

قال: والشمار والآنسون صنف، والحلبة من الطعام.

قال أصبغ: أما اليابسة فلا، وأما الخضراء- محمد: والمبلولة- فطعام.

---

(1) انظر: المدونة: 10/66 و67.

(2) انظر: المدونة: 6/406 و407.

(3) انظر: المدونة: 10/20 و21.

عياض: والجداد بكسر الجيم وفتحها: قطع ثمار النخل وقطافها. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1378.

(4) عياض: السِّلق، بكسر السين. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1463.

(5) عياض: الخِرْبِز، بكسر الخاء المعجمة وكسر الباء، وبينهما راء ساكنة، وآخره زاي: هو البطيخ بالفارسية، وقيل: هو منه الهندي المدور المعروف عندنا بالسندي. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1463.

(6) انظر: المدونة: 6/425.

ابن القاسم: والخردل والقرط[1] طعام، والتابل كله، لا يجوز بيع صنف منه بصنفه، أو بخلافه إلى أجل، ولا من صنف واحدٍ واحدٌ باثنين، يداً بيد، حتى تختلف الأصناف[2].

والأخلال كلها صنف، لا يجوز التفاضل فيه، وإن اختلفت أصوله؛ كخل الزبيب بخل التمر، وعنبها وغيره.

وكذلك نبيذهما لاتفاق المنافع في ذلك.

ورويَ في خل بنبيذ أن منافعهما متقاربة.

وأما الزيوت زيت الزيتون، أو الجلجلان، أو الفجل، فكل زيت منها منفرد لاختلاف نفعها.

ولا يجوز السكر بالسكر متفاضلاً[3].

ومحمل النهي على اللحم بالجنس، إنما ذلك من صنف واحد، لموضع التفاضل فيه والمزابنة، فلحوم ذوات الأربع، والوحش صنف، ولا يجوز التفاضل في لحومها ولا ألبانها، وما تولد من ألبانها، ولا حيّ منها بمذبوح.

ولحم كل ذي ريش من الطير صغيره، وكبيره وحشيه وأنسيه، طائره وغير طائره، صنف واحد، لا يجوز منه شيء بشيء متفاضلاً، ولاحي بمذبوح.

ولحوم الحوت كله، وجميع دواب الماء صغيره وإن كان طيراً أو كبيره، صنف واحد، لا يجوز التفاضل فيه، فأما صنف من هذه اللحوم بخلافه، فلا بأس به متفاضلاً، أو حي منه بلحم صنف آخر؛ كلحم طير، أو حوت بحي من الوحش والأنعام.

هذا ولا بأس به أيضاً إلى أجل، إن كان الحي من الوحش، والأنعام يستحيى، ولا بأس بحي من الطير المستحيى بسائر اللحم نقداً، ومؤجلاً عدا لحم الطير.

---

(1) عياض: والقُرط بضم القاف هذا للعشب الذي تأكله الدواب، وأُراه ليس بعربي. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1395.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/9 و10.

(3) انظر: المدونة: 6/415 و416.

ولا بأس بالجراد بالطير، أو بلحم حوت متفاضلاً؛ إذ ليست من الطير ولا من دواب الماء[1].

قال محمد: قال أشهب: ولا بأس بالجراد بالجراد [(م: 173/أ)] متفاضلاً[2].

وأكره لحم الأنعام بالضبع والهرّ والثعلب؛ لاختلاف الصحابة في أكلها، وعلى المحرم إذا قتلهن أداهن.

وأما بالخيل وسائر الدواب، فجائز نقداً ومؤجلاً[3]، وما كان لا يحيا من الطير والأنعام، والوحش وشأنه الذبح، فلا يباع بطعام، أو بلحم حوت مؤجلاً، وأحمله محمل اللحم، ولا أجيزه بلحم من صنفه يداً بيد، وأحمله محمل الحي، فآخذ بالأحوط فيه[4].

وخالفه أشهب فجعل له حكم الحيّ[5].

ابن القاسم: وكذلك المدقوقة العنق، أو الصلب، أو الشارف.

يريد: ولم ينقطع النخاع، والشارف مما لا يراد إلا للذبح.

فأما من أراد ذبح عناق[6] كريمة، فأبدلها رجل منه بكبش فذبحه مكانه؛ فجائز

---

(1) انظر: المدونة: 6/ 407، وما بعدها.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 17، والتبصرة، للخمي، ص: 3108.

(3) عياض: وإجازة مالك بيع اللحم بالخيل والدواب، ومنع ابن القاسم بيعه بالضبع والهر والثعلب، واعتل بكراهة مالك للحومها وأنها عنده ليست كالحرام البين وللاختلاف في أكلها، ولم يقل هذا في الخيل وكراهةُ مالك للحومها على نحو ذلك. واختلافُ الصحابة والعلماء فيها معلوم؛ فذهب بعضهم إلى أن مذهب ابن القاسم في ذلك خلاف مذهب مالك، وأن الذي يأتي على مذهَبِ مالك في المسألة الأولى الجواز في الجميع وعلى مراعاة قول ابن القاسم الخلاف الجواز في الجميع. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1471و1472.

(4) انظر: المدونة: 6/ 410و411.

(5) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 3110 و3111.

(6) عياض: والأعنُق: الإناث من صغار المعز، واحدها عَناق ورواها عبد الحق: العَنَق بفتح العين والنون، وصوابه بضمها جمع للكثير. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1369.

وكذلك دجاج أو حمام، لأنه لو أبقى ذلك؛ لانتفع به لغير اللحم[1].

وما أضيف إلى اللحم من شحم أو كبد أو قلب أو كرش ورئة وطحال[2]، وكُلى وحلقوم وخصي وكراع ورأس وشبهه؛ فله حكم اللحم فيما ذكرنا.

ولا يجوز باللحم ولا بعضه ببعض، إلا مثلاً بمثل وزناً، أو تحرياً، وكذلك رأس كبير يساويه في التحري أو الوزن صغيران.

ولا بأس بأكل الطحال.

ولا خير في شاة مذبوحة بشاة مذبوحة، إلا مثل بمثل، يتحريا إن قدرا على تحريهما في جلودهما قبل السلخ[3].

---

(1) انظر: المدونة: 6/ 409 و410.

(2) عياض: والطِحال، بكسر الطاء وبالحاء المخففة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1475.

(3) انظر: المدونة: 6/ 424 و425.

عياض: ومسألة (الشاة المذبوحة بالشاة المذبوحة وقوله: لا بأس ببيعهما مثلا بمثل على التحري وإن كانتا غير مسلوختين).

وقع في بعض الروايات في الكتاب: قال سحنون: هذا فيما لا يقدر على تحريه، وكان في كتاب ابن عتاب مخرجا إليه محوقا عليه، وهو قول أصبغ. قال فضل: لو صح التحري فيهما ما جاز على أصولهم؛ إذ مع كل واحدة جلدها إلا أن يستثني صاحب كل شاة جلد شاته، فيجوز.

قال بعض الشيوخ: وفي المواضع التي يجوز فيها استثناء الجلود. وفي باب الفلوس بالفلوس؛ تأول بعض الأندلسيين جواز بيع بعضها ببعض جزافاً وإرطالها بالنحاس إذا تبين الفضل، وجوازَ الجزاف فيها؛ لقوله آخر المسألة: (وكل شيء يجوز واحد باثنين من صنفه إذا كاله أو راطله أو عاده، فلا يجوز الجزاف فيه منها ولا من أحدهما؛ لأنه من المزابنة إلا أن يكون الذي يعطي أحدهما متفاوتا).

وهذا خطأ، والصواب والذي فهمه من المسألة المحققون؛ لأنه قد بين قبل في الباب الآخر: لا يجوز الفلوس بالنحاس إلا أن يتباعد ما بينهما إذا كانت عددا.

وقوله في أول مسألة هذا الباب: أو عاده، نحو من مسألة الفلوس إذا كاله أو راطله أو عاده وقوله: (لأن الفلوس لا تباع إلا عدداً).

وقوله: (ولو اشترى رطل فلوس بدراهم لم يجز) كل ذلك بين خلاف ما ذهب إليه هذا الذاهب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1477، ومابعدها.

قال سحنون: لا يُحاط بتحرى ذلكَ ذلِكَ[1].

ونهى الرسول ﷺ عن المزابنة؛ ومن المزابنة ما نهى عنه ﷺ، عن بيع التمر بالرطب، وكذلك كل شيء رطب من الطعام بيابسه من صنف واحد لا يجوز، مثلا بمثل، ولا متفاضلاً.

ولا يجوز تمر برطب أو بسر[2]، أو بكبير البلح، ولا يجوز كبير البلح بالرطب أو بسر، ولا بسر برطب.

وتجوز الرطب برطب مثله، والبسر بمثله، وكبير البلح بمثله، مثلاً بمثل لا تفاضل فيه، ويجوز التفاضل في صغير البلح بكبيره، أو ببسر، أو برطب، أو بسر يداً بيد، لأن صغيرَه علفٌ لا طعام.

قال في موضع آخر: ويجوز بطعام إلى أجل، على أن يجد مكانه.

واختلف قول مالك في النوى بالتمر، ولا أرى به بأساً يداً بيد وإلى أجل[3].

قال محمد: مالم يكن حشفاً[4].

ولم يختلف قوله، في إجازه النوى بالطعام نظرة.

قال مالك في غير المدونة: ولا يجوز رطب بيابس من صنفه مما يجوز فيه التفاضل، من خضر الفواكه، لا مثلا بمثل، ولا متفاضلاً[5].

قال: ولا بأس بالقمح بدقيقه أو بدقيق شعير أو سلت مثلاً بمثل وكذلك لا يجوز التفاضل في أحدهم بدقيق الآخر.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 20/6.

(2) عياض: والبسر: اخضرار لونه وهو قبل الزهو وبعد البلح الكبير الأبيض وهذا مذهب أكثر أهل اللغة. وقوم يجعلون البسر بعد الزهو وهو الذي يستعمله الفقهاء، ويأتي في الكتاب كثيراً ومنه قوله: (بعدما أزهى وصار بسراً، ويشترط أخذه رطباً أو بسراً). اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1379.

(3) انظر: المدونة: 404/6، وما بعدها.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 59/6.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 21/6.

وأما سويق بحنطة أو بدقيق متفاضلاً، فلا بأس به، لدخول الصنعة؛ فصار كجنس آخر، وكذلك سويق شعير، أو سلت بحنطة أو بدقيق، وكذلك خبز بعجين، أو بدقيق أو بحنطة متفاضلاً، فأما عجين بحنطة أو بدقيق؛ فلا، وليس عجنه بصنعة يحل التفاضل فيه(1).

قال ابن المواز: يعني مالك في دقيق بعجين، فلا يجوز متفاضلاً، وأما على التحري، فجائز. قاله مالك وكرهه أشهب(2).

قال مالك: ولا بأس برطب الخبز [(م: 173/ب)] بيابسه على التحري يتحرى دقيقه(3).

قال سحنون: التحري فيها أصله الوزن، وأما أصله الكيل فلا؛ إذ لا يفقد الكيل ولو بالحفنة(4).

ولا يجوز خبز قمح أو شعير بخبز الأرز متفاضلاً، ولا خبز شيء من القطنية بعضه ببعض؛ لتقارب منافعه(5).

قال أشهب: وخبز القطنية بخبز هذه الحبوب؛ جائز متفاضلاً(6).

قال ابن القاسم: فأما مقلو الحنطة؛ فيجوز بيابسها ومبلولها ودقيقها متفاضلاً،

---

(1) انظر: المدونة: 6/417.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/7.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/22.

(4) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1570، ونصه: (وحكى ابن اللباد عن سحنون في هذه المسألة: كل ما أصله الوزن فلا بأس بالتحري فيه، فيحتمل أن يكون أشار هنا إلى تحري الوزن؛ إذ الخبز مما يوزن أو إلى إنكار التحري في المسألة كلها؛ إذ أصل الحبوب الكيل لا الوزن).
عياض: ومسألة السلم على التحري؛ ذهب ابن أبي زمنين وغير واحد أن معنى التحري هنا أن يقول: أسلفك في لحم أن يكون قدره عشرة أرطال، قال: وكذلك الجبن.
وقال ابن زرب: إنما معناه أن يعرض عليه قدرا ما ؛ يقول له: آخذ منك مثل هذا كل يوم، ويشهدا على المثال، وأما على شيء يتحرى فيه نحو رطلين أو ثلاثة فلا يجوز. اهـ.
انظر. التنبيهات المستنبطة، ص: 1394.

(5) انظر: المدونة: 6/419 و420.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 6/7 و8.

وقد غمزه مالك حتى يطحن المقلوّ فيكون صنعة بينة، وكذلك مقلو الأرز، بيابسه ومبلوله.

ولا يجوز مبلول الحنطة أو فريكها الأخضر بيابس منها أو من شعير أو من سلت، ولا مبلول ذلك كله متساوياً أو متفاضلاً.

وكذلك كل صنف من حب بصنفه، ولا بأس بمبلول الحنطة أو الشعير أو السلت، بجميع يابس القطاني، أو بأرز أو دخن أو سمسم، أو بما ليس من صنفه من الطعام كان متفاضلاً.

وكذلك مبلول الأرز بغيره من سائر الحبوب يابساً ومبلولاً متفاضلاً يداً بيد ولا بأس بمبلول كل حب بسويقه متفاضلاً.

وأما مبلول من القطنية ليابس من صنف آخر منها؛ فجائز على أول قولين مالك فيها أنها أصناف مختلفة، وبه نقول، وآخر قوليه، أنها صنف واحد[1].

ولا خير في اللحم النيء الغريض بقديد[2] يابس أو مشوي لا متساوياً ولا متفاضلاً، وإن تحرى؛ إذ لا يحاط بتحريه، وإلى هذا رجع مالك بعد أن أجازه تحرياً.

وكذلك طري بمالح أو [بممقور أو بنمكسود][3] [وهو][4] لحم مالح مقدد، ولا خير في يابس القديد، بمشوي اللحم؛ لاختلاف التيبيس[5].

وكذلك طري السمك بمالحها بحال، فإن دخلته صنعة؛ جاز التفاضل، وصار كجنس آخر، ولا بأس بلحم مطبوخ بقديد يبسته الشمس، أو بلحم غريض أو

---

(1) انظر: المدونة: 6/418، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 3/84 و85.

(2) عياض: والقَدِيد، بفتح القاف وكسر الدال وتخفيفها. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1474.

(3) ما بين المعكوفين غير واضح بالأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي، وهو موافق لما في المدونة.
وقال الجبي: (النمكسود: بفتح النون والميم ووقف الكاف وضم السين غير منقوطة وذال منقوطة- هو أيضاً لحم فيه ملح، بلسان فارسي معرب. انظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، للجُبِّي، ص: 68.

(4) ما بين المعكوفين غير واضح بالأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي.

(5) انظر: المدونة: 6/423، وتهذيب البراذعي: 3/86.

بمشوي على النار بلا صنعة متفاضلاً.

فأما المشوي في المقلي مع خل وزيت وتابل؛ فله حكم المطبوخ، وربما كانت له مرقة، فلا يباع بمطبوخ متفاضلاً، ويجوز بالني على كل حال، والمطبوخ كله صنف واحد، وإن اختلفت صفة طبخه، كقليه بعسل وأخرى بخل، أو لبن، فلا يجوز فيه التفاضل[1].

ولا بأس بشاة لبون بلبن، أو بزبد أو بسمن أو بجبن أو بحالوم[2] يداً بيد، ولا ينبغي إلى أجل أيهما عجلت[3].

محمد: ورويَ أنه إن عجل اللبن؛ جاز قاله سحنون وقال: قاله مالك، وابن القاسم[4].

---

(1) انظر: المدونة: 6/ 421، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 3/86.

(2) عياض: والحالوم بالحاء المهملة شيء يصنعونه من اللبن كالجبن. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1472.

(3) انظر: المدونة: 6/412 و413، وتهذيب البراذعي: 3/ 81.

عياض: وقوله (في بيع الشاة اللبون باللبن: لا يصلح بنسيئة) مهموز ممدود أي بتأخير، ومنه ﴿إِنَّمَا ٱلنَّسِىٓءُ زِيَادَةٌ فِى ٱلْكُفْرِ﴾ [سورة التوبة آية: 37].

ذهب غير واحد إلى أن ذلك سواء تقدم اللبن أو تأخر، وعليه اختصر المسألة أكثرهم، وهو ظاهر الكتاب؛ لقوله: (لا بأس بذلك إذا كان يداً بيد)، فإذا دخله الأجل لم يصلح، ولقوله: (في الجبن بالشاة اللبون إلى أجل لا يصلح، وكذلك الحالوم والزُّبد).

وهو الذي لابن القاسم عن مالك في سماعه: لا خير فيه أيهما عجل وأخر.

وتأول بعضهم أن المنع من ذلك إذا تأخر اللبن أو السمن أو الجبن، فأما إذا تقدم وتأخرت الشاة فهو جائز، وتأول أن ذلك معنى الكتاب، وأن قوله إلى أجل راجع إلى الجبن واللبن لا إلى الشاة، وهو قول سحنون.

قال: وهو الذي عرفناه من قوله، وقاله غير مرة إن اللبن بالشاة اللبون إلى أجل لا بأس به، وأما الشاة اللبون باللبن إلى أجل فذلك الذي لم يختلف قوله علينا فيه قط أنه لا يجوز، ويستدل عليه بقوله في الكتاب بأثر المسألة: (ولا يصلح في قول مالك أن يشتري شاة لبونا بشيء مما يخرج منها) وأَشْهَب يعكس هذا، ويقول: إن قدم الشاة جاز، وإن قدم اللبن لم يجز. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1472، وما بعدها.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 6/18.

وكذلك إن كان مع السمن، أو الجبن عرض أو دراهم، ولا بأس بشاة لا لبن فيها، بلبن أو بسمن إلى أجل[1].

قال في كراء الدور: كان [...] فيها إليه لبن أم لا[2].

محمد: قال أشهب: إن عجل اللبن، لم يجز، ولا بأس بشاة لبون بلبن إلى أجل إذا صحَّ ذلك، ولم يبتغى ذلك منها[3].

قال ابن القاسم: ولا خير في لبن شاة بلحم إلى أجل[4].

قال مالك: وأما شاة لبون بطعام إلى أجل؛ فجائز؛ لأنه لا يخرج منها.

ولا تباع بسمن ودراهم إلى أجل، ولا خير في سمن يريد متساوياً أو متفاضلاً.

وكذلك [(م: 174/أ)] سمن أو زبد بلبن حليب؛ لأنه مزابنة، ويجوز بمضروب أخرج زبده.

ولا بأس بحليب بمخيض مضروب لا زبد فيه، أو بلبن اللقاح، وهو لا زبد فيه مثلاً بمثل، كما جاز دقيق بقمح وله ريع بعد طحنه.

وألبان جميع الأنعام صنف، لا يجوز إلا مثلاً بمثل، يداً بيد، كان حليباً بحليب أو بمخيض أو مخيض بمخيض[5].

ولا خير في زيت زيتون بزيتون مما يخرج الزيت أم لا، ولا في الجلجلان بزيته، أو العنب بعصيره، أو التمر بربه أو بنبيذه.

وأما التمر أو العنب بخله فجائز لطول أمر الخل وللحاجة إليه ولا خير في القصب الحلو برُبّه، إلا أن تدخله صنعة أو إبزار[6].

---

(1) انظر: المدونة: 6/412، وتهذيب البراذعي: 3/81 و82.

(2) انظر: المدونة: 8/250، وتهذيب البراذعي: 3/501.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/18.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 6/27.

(5) انظر: المدونة: 6/411، ومابعدها.

(6) قال ابن منظور: (والبَزْرُ المُخاط والبَزْرُ الأَولاد والبَزْرُ والبِزْرُ التَّابَلُ قال يعقوب ولا يقوله الفصحاء إِلاَّ بالكسر وجمعه أَبْزارٌ وأَبازيرُ جمعُ الجمع وبَزَرَ القِدْرَ رَمى فيها البَزْرَ والبَزْرُ الهَيْجُ

وفي البيض بالبيض، متفاضلاً اختلاف في إجازته متفاضلاً في غير المدونة، وأجازه ربيعة ومحمد بن عبد الله بن عبد الحكم[1].

وأما البيض؛ فبيض النعام والأوز والدجاج والعصافير سواء، لا تجوز إلا مثلاً بمثل، وبعد أن يسمى صاحب بيض النعام قشره لنفسه، وأما بيض الحيتان فهو صنف كله صغيره وكبيره[2].

في بيع الطعام بالطعام إلى أجل

ومما بين الرسول عليه السلام، من أبواب الربا في بيع الطعام بالطعام قضاء نحو ما بين من تحريم ذلك في الذهب والفضة، فقال عليه السلام: **«البر بالبر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء»**[3].

وذكر الملح في حديث آخر.

فجرى الطعام كله عند العلماء في تحريم جنس بخلافه إلى أجل، مجرى ما حرم بالنسيئة من الذهب بالفضة إلى أجل، وهذا أمر مجتمع عليه من علماء دار الوحي.

ومن الأول: قال ابن القاسم: فلا يجوز طعام بطعام إلى أجل، من صنف واحد، أو من صنفين مختلفين كانا، أو أحدهما مما يدخر أو لا يدخر، أو مما يكال أو يوزن أو يعد.

وكذلك جميع التوابل وجميع اللحمان، وجميع الأدم، والأشربة عدا الماء، إلا أن يقرض طعاماً أو إداماً إلى أجل، فيأخذ مثله في كيل، أو وزن وجنس وصفة وجودة، ولا يبتغي بذلك نفعاً فذلك جائز ولا يجوز بمعنى التبايع وإن كان النفع فيه للأخذ منك.

بالضرب وبَزَرَه بالعصا بَزْراً ضربه بها وعَصاً بَيْزارَةٌ عظيمة)، انظر: لسان العرب: 56/4، انظر: المدونة: 415/6، وتهذيب البراذعي: 81/3، وما بعدها.

(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 3116، والنوادر والزيادات: 16/6، والتنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1476.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 16/6، التبصرة، للخمي، ص: 3116.

(3) تقدم.

وكذلك رطب الفواكه والخضر والمدخرات لا يجوز الأجل في شيء من ذلك بصنفه، أو بخلافه من الطعام، ولا بيض في بيض، أو في طعام أو في رطب الفواكه أو البقول، ولا حنطة في عسل أو [صيد][1] أو جراد أو بطيخ أو قثاء أو بقل أو غيره من سائر الطعام إلى أجل.

ومن الثالث: ولا بأس ببيع الماء بطعام إلى أجل[2].

وما كان لا يحيا من الطير أو الأنعام والوحش؛ فلا يباع بطعام إلى أجل.

ومن الثاني: ولا خير في حنطة جيدة بحنطة رديئة، أو بشعير وسلت مثل المكيلة إلى أجل، وكذلك صيحاني مع جعرور، أو محمولة[3] مع سمراء أيهما عجلت ولا تسلم حنطة في ثوب وشعير، وطعام [(م: 174/ب)] إلى أجل، ولا تجوز منه حصة الثوب[4].

وكذلك لو كان الطعامان المختلفان يداً بيد، والثوب إلى أجل؛ لم يجز، وما مع الطعامين المختلفين، أو مع أحدهما فلا تتأخر، وكذلك السلعة في الصرف[5].

ومن الثالث: ولا خير في بيع حنطة حاضرة بثمر، أو شعير غائب في دار صاحبك يبعث فيه، أو هما جميعاً غائبان، وإن تقاضيتما قبل التفرق.

وأكره لمن يبيع الزيت والسمن والخل بالحنطة كيلها ثم يدخل حانوته لإخراج ذلك ولكن يخرجه قبل الكيل، فيأخذ ويعطي كالصرف.

ولا بأس بشراء التمر والرطب والبسر في رؤوس النخل بحنطة نقداً، إذا جذه قبل التفرق؛ وإلا لم يجز.

---

(1) غير واضح بالأصل وما أثبتناه من تهذيب البراذعي.

(2) انظر: المدونة: 6/381.

(3) عياض: والمحمولة: البر الذي بالحجاز؛ سمي بذلك لأنه يحمل ويجلب إليها من الشام. والسمراء: بر مصر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1377.

(4) انظر: المدونة: 6/288، وما بعدها.

(5) انظر: تهذيب البراذعي: 3/27، وما بعدها.

ولو كان بعرض أو بعين مؤجل؛ لجاز، وإن لم يجذاه مكانها، وليس ديناً بدين، وهو كبيع شيء بعينه؛ لا يمنع منه مبتاعه؛ لأن الثمار إذا طابت؛ يبعث بنقد وبدين، وأمضاه مالك بالطعام، لأنها طعامان غير يد بيد ومن ناحية الجوائح[1].

ومن كتاب القسم: ولا بأس ببيع فدان كراث بفداني كراث أو سريس أو خص أو سلق؛ على أن يجد الجميع قبل التفرق؛ وإلا لم يجز.

وكذلك بيع ثمره قد طابت بقمح أو ثمرة مخالفة لها يابسة، أو هي في شجرتها مزهية، فإن تقابضا وجدا قبل التفرق؛ جاز، ولو قبض أحدهما وجد ولم يقبض الآخر؛ لم يجز[2].

وإذا كان في النخل طلع لم يؤبر، أو فيها بلح، أو بسر، أو رطب، أو تمر؛ جاز بيعها مع ثمرها بعين أو بعرض، ولا يجوز بطعام بحال؛ إلا أن تجد الثمرة قبل التفرق[3]، وبعد أن يكون الطعام مخالفاً لثمر النخل.

ومن باع حائطَ نخلٍ بمثله، ولا ثمرة فيهما، أو في أحدهما ثمر مزهي أو غير مزهي ولا شيء في الآخر، فذلك جائز، وإن كان ما فيهما طلع قد أبر أو بلح أو كان ثمراً قد أزهى أو أرطب؛ فلا خير في أن يشرط كل واحد ثمرة صاحبه مع أصلها، فإن تباعيا الأصلين دون ثمرتيهما -يريد أو سكت في العقد عن اشتراط الثمرة-، أو اشترط أحدهما ثمرة الآخر، ولم يشترط الآخر شيئاً؛ جاز ذلك فيهما، فإن لم تؤبر؛ لم يجز التبادل فيهما على كل حال ؛ لأن الثمرة إن استثناها بائعها؛ لم يجز.

يعني: لأنها لما كانت بالسنة للمبتاع صار استثناء البائع لها، كشرائها قبل بدو

---

(1) انظر: المدونة: 6/404، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 3/77 و78.

(2) انظر: المدونة: 10/15و 16.

(3) عياض: ومسألة من اشترى تمراً في رؤوس النخل بطعام لم يجزه إلا بشرط الجد قبل الافتراق، ولم يشترط ذلك في بيعه بغير الطعام إلى أجل، هذا مذهب ابن القاسم، وفرق بين الطعام وغيره؛ لشدة أمر الربا في الطعام، ولم يجعل تعينها هنا قبضاً وغيره لا يشترط الجد؛ إذ بحضورها حصلت في ضمانه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1470 و1471.

صلاحها.

قال ابن القاسم: فإن لم يستثنا وبقيت تبعاً، دخله التأخير في تبايع ا لطعامين، فإن أبرت ثمرة أحدهما ولم تؤبر ثمرة الآخر، جاز أن تبقى المأبورة خاصة لربها، وإن اشترطها الذي لم تؤبر ثمرته، لم يجز[1].

وفي كتاب الأبهري: في جنان بجنان بثمرتيهما، لا يجوز، إلا أن يكون ثمرتاهما مما يجوز التفاضل فيه، فيجوز على جد الثمر مكانه، وإلا لم يجز على أن يتأخر ذلك.

قال محمد: قال ابن القاسم: في بيع نخل بأصلها، وفيها طلع فما فوقه، فلا يباع بطعام نقداً، ولا إلى أجل، وإن لم يكن فيها شيء؛ فذلك جائز بثمر، أو طيراً ذوات الأجباح[2]، فلا تباع بعسل نقداً، ولا غير نقد، ولا إلى [(م: 175/أ)] أجل، وإن لم يكن فيها عسل.

قال أصبغ: وجائز أن تباع بالطعام نقداً، أو إلى أجل قريب، لا يكون فيها إليه عسل ولا يجوز بعسل بحال[3].

قال أصبغ: لا بأس بكسب الجلجلان، بطعام إلى أجل، وقد استثقله ابن القاسم، ولم يحقق فيه الكراهية[4].

في الاقتضاء من الطعام،
أو من ثمنه طعاماً بمثله، أو خلافه

ولما كان الاقتضاء من ثمن الطعام طعام ذريعة، إلى إجازة الطعام بالطعام مؤجلاً، ويصير الثمن محللاً، لم يجز، كالذرائع في بيوع الآجال حماية؛ لحمى الله تبارك وتعالى

---

(1) انظر: المدونة: 25/10، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 4/184 و185.

(2) الجَبَحُ والجُبْحُ والجِبْحُ حيث تُعَسِّلُ النحلُ إذا كان غير مصنوع والجمع أَجْبُحٌ وجُبُوحٌ وجِباحٌ وفي التهذيب وأَجْباحٌ كثيرة وقيل هي مواضع النحل في الجبل وفيها تُعَسِّلُ، انظر: لسان العرب، لابن منظور: 2/419.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/25، والتبصرة، للخمي، ص: 3101 و3102.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 6/17.

الذي حذر الرسول عليه السلام من المرتع حوله.

من [...] بيع مخالفة فما حل [...] من بيعه قبل قبضه.

ومن الأول وغيره: قال ابن القاسم: وإن بعت طعاماً من رجل بثمن، فلا تأخذ منه في ثمنه طعاماً يخالفه، في جنس أو صفة أو كيل حل الأجل أم لا، إلا أن تأخذ منه مثل طعامك صفةً وكيلاً، فيكون إقالةً جائزةً.

محمد: قال مالك: فأما إن ابتعت من غير غريمك طعاماً يخالفه بمثل ثمن طعامك، جاز أن يحيله بالثمن عليه[1].

ولا تأخذ محمولة من ثمن سمراء، مثل المكيلة، وكذلك سمراء من ثمن محمولة، وإن حل الأجل، لأنه طعام بخلافه نظرة، والثمن لغو، فأما إن أسلمته في محمولة بسمراء أو شعير بسلت أو أقرضته ذلك، فلا بأس أن تأخذ بعض هذه الأصناف قضاء من بعض، مثل المكيلة إذا حلَّ الأجل، وهو بدل جائز.

وكذلك أجناس التمر، أو الزبيب، ولا يجوز ذلك كله قبل الأجل، في بيع أو قرض، ولا يصح شيء من ذلك في الآخر إلى أجله، وإن أسلمت في حنطة، فلا تأخذ منها دقيق حنطة وإن حل الأجل،ولا بأس به في القبض بعد محله[2].

قال محمد: قال أشهب: إنما يكره مالك ذلك، لاختلاف الناس في الدقيق بالقمح متفاضلاً نقداً، فقد أجازه عبد العزيز، ورأى الطحين صنعة.

وقال مكحول: لا يجوز قمح بدقيق على حال[3].

وإذا أقرضته طعاماً أو إداماً؛ جاز أن تبيعه منه قبل محل الأجل بما شئت من عين أو عرض نقداً، ما عدا الطعام والشراب كله، وإذا حل الأجل،جاز أن تبيعه منه بطعام يخالف جنسه كيلاً أو مصبراً أكثر منه، أو أقل أو بصنفه مثل مكيلته نقداً، كشعير أو دقيق من حنطة[4].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/28.

(2) انظر: انظر: المدونة: 6/301 و302، وتهذيب البراذعي: 3/34.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/42.

(4) انظر: المدونة: 7/37 و38، وتهذيب البراذعي: 3/148.

=

ولا يجوز ذلك قبل الأجل، ولا سمراء من محمولة[1].

وفي اختصار الصرف من هذا.

قال محمد: ويجوز في القرض أن تأخذ قبل الأجل سمراء من سمراء أجود جودة ومثل المكيلة؛ إذ له تعجيله فقد عجله أجود، ولا يأخذ أردأ فيصير ضع وتعجل.

ابن القاسم: وإن بعت صنفاً من طعام، لم يجز أن تأخذ في ثمنه طعاماً بخلافه في اسم أو صفة، كسمراء من محمولة وإن حل، وكذلك سائر ما ذكرنا [(م: 175/ب)] من الطعام، ولا شيئاً لا يجوز أن يسلم فيه ما بعت.

وإن أسلمت في لحم ذوات الأربع؛ جاز أن تأخذ لحم بعضها أو شحمها قضاء من بعض.

وإنما يجوز هذا كله في الوجوه التي ذكرنا بعد الأجل من الذي لك عليه، ولا يجوز أن تبيعه من غيره، ولا بمثل الصفة والنعت والقدر بحال، ولا بغيره من الطعام؛ لأنها حوالة، والحوالة بيع[2].

=

عياض: وقوله في اقتضاء الدقيق من القمح: (لا خير فيه من البيع ولا بأس به من قرض إذا حل الأجل).

قال بعضهم: دليلها ودليل ما في الصرف أيضاً جواز بيع الدقيق بالقمح كيلا بكيل؛ لقوله: ويجوز وإن أخذ أقل كيلاً وهو نص ما في الواضحة.

وفي الموطأ والواضحة أيضاً مثلا بمثل.

وحكى ابن القصار وغيره من البغداديين: وزناً بوزن قال ابن القصار: واختلف قوله في ذلك، ومحمله عندي أنه اختلاف في الحال، فيجوز وزناً ولا يجوز كيلاً، وغيره يحمله أنه اختلاف قول في جوازه كيلاً.

وروى عبد الملك عن مالك أنها يجوز فيما خف وبين الجيران.

وحكى الباجي أن معنى جوازه كيلاً؛ أي وزنا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1403و1404.

(1) انظر: المدونة: 302/6.

(2) عياض: وقوله: (والحوالة عند مالك بيع من البيوع) يعضد أحد قولي ابن القاسم من رواية يحيى فيمن يسلف دنانير من رجل بشرط أن يحيله بها على آخر أنه لا يجوز، وقوله الآخر أنه يجوز. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1403.

ويدخله دين بدين مع بيعه قبل قبضه إن كان من بيع[1].

وبقية هذا المعنى في باب الكفالة في السلم، وفي بيع الطعام قبل قبضه.

ولا بأس أن تأخذ لحوم الحيتان قضاء بعضها من بعض مثل الوزن والقدر عند الأجل، وكذلك لحوم الطير بعضها من بعض مثل ذلك، ولو أسلمت في أوز أو دجاج، لم ينبغ أن تأخذ منها بعد الأجل من طيور الماء وأجازه أشهب.

ولا بأس أن تأخذ حماماً، أو غيره مما يستحي، وبعض ما يستحي من بعض.

قال ربيعة: ويجوز أخذك عشرة عصافير من طير كبير؛ لأنه حيوان كله[2].

وإذا أسلمت طعاماً في عرض، فإنما يجوز أن تأخذ فيه من الطعام كطعامك صفة وكيلاً.

قال محمد: كره ابن القاسم بعد الأجل أقل كيلاً، وأجازه أشهب[3].

ولو أسلمت دنانير في عرض، جاز أن تأخذ مثلها صفة ووزناً، لا يجوز أكثر منها، ولا بأس أن تأخذ مثلها أقل وزناً واتقاه عبد العزيز[4].

ومن الثالث: وإذا أحلت على ثمن طعام لك من له عليك مثل ذلك الثمن من بيع سلعة أو من قرض لم يجز للمحال به أن يأخذ فيه طعاماً إلا طعام صفة وكيلاً ولا يجوز له إلا ما جاز لك.

---

(1) انظر: المدونة: 6/ 301 و302.

(2) انظر: المدونة: 6/ 271، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 3/ 19، وما بعدها.

عياض: ومسألة ربيعة في الذي أسلم في صنف من الطير فلم يجده عنده فأخذ عصافير أنه جائز.

وقوله: (عشرة من الطير بواحد حلال)، يدل على أنه كله صنف واحد، إما للاقتناء أو الذبح، فإن كان كله للاقتناء فهي جائزة، وإن كانت للذبح، فيأتي على ما قاله بعضهم على مذهبِ أَشْهَب وأصبغ في جواز التفاضل فيه، وعلى مذهبِ ابن القاسم فيما حكى عنه سحنون أنه يجوز بالتحري.

ولو كان الطير الواحد يقتنى لم يجز على مذهبِ ابن القاسم وجاز على مذهبِ أَشْهَب، وعليه حمل بعضهم مسألة ربيعة، وعلى أنها كلها أحياء. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1397و1398.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 135، 136.

(4) انظر: المدونة: 6/ 303.

قال محمد عن ابن القاسم: ولو أخذت بثمن طعامك كفيلاً فأغرمته الثمن؛ جاز له هو أن يأخذ من الغريم طعاماً.

محمد: ومن باع قمحاً بدينار من رجل، ثم ابتاع منه بدينار ثمراً ثم لقيه فأراد أن يقاصه.

قال مالك: لا أحبه.

قال ابن القاسم: بل يغرم له دينار الثمر، ثم يأخذ منه دينار القمح، فيجوز ذلك وإن رد إليه ديناره بعينه[1].

ومن باع ثمراً بدراهم، ثم لقيه فأخذها منه، ثم اشترى منه بعضها زيتاً مكانه؛ فذلك مكروه.

قال ابن القاسم: وإن بعت مائة أردب سمراء بمائة دينار فأخذت بالثمن خمسين أردباً سمراء في صفتها؛ لم يجز ذلك وإن حلَّ الأجل، ولا تأخذ خمسين مع نصف الثمن، فيصير بيعاً وسلفاً[2].

قال ابن القاسم في المستخرجة: استثقل مالك أن يأخذ أقل من مكيلته وهو سهل ولو قاله قائل لم أره خطأ.

وفيه لأشهب أنه يأخذ بالمائة الدينار خمسين إردباً.

ومن له على رجل مائة إردب محمولة، فأخذ منه بعد الأجل خمسين سمراء، ثم حطه خمسين، فإن كان بمعنى الصلح والتبايع؛ لم يجز، وإن كان ذلك اقتضاء من خمسين منها، ثم حطه بعد ذلك بغير شرط، جاز ذلك، وكذلك في أخذه خمسين محمولة من مائة سمراء ثم حطه ما بقي[3].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/28 و29.

(2) انظر: المدونة: 6/402.

(3) انظر: المدونة: 6/403 و404.

عياض: وقوله: (إن كانت لي عليه مائة محمولة، فلما حل الأجل أخذت منه خمسين سمراء ثم حططت عنه خمسين من غير شرط: أرجو ألا يكون به بأس)، كذا في سائر النسخ قال ابن محرز: وفي كتاب ابن اللباد: فأخذت منه خمسين محمولة وكلاهما يأتي على قول ابن القاسم الذي يقول: إنما

قال سحنون: إنما المراعاة في المسألة الأولى؛ وإن صالحه على مائة محمولة مؤخرة؛ لم يجز وصار طعاماً بطعام مؤخر، وبيعه قبل قبضه.

وقد جرى في أول باب الصرف [(م: 176/أ)] وفي باب بيع الطعام قبل قبضه من هذا المعنى.

ما يحل ويحرم من سلم الأشياء بعضها في بعض إلى أجل

ولما قامت السنة بتحريم ما جر من السلف نفعاً، كان ذلك عامّاً في العين، والطعام، والعروض، وغيرها إلا من رد أفضل وزناً، أو صفة، أو أدنى من غير شرط ولا عقد.

كما استسلف النبي ﷺ بكراً فقضى جملاً خياراً(1).

وكان من أسلف لينتفع؛ إما بزيادة مقدار، أو بجودة صفة، أو ينتفع بتضمين مستسلفه؛ فغير جائز له؛ لخروجه عن معروف القرض إلى مكايسة البيع، وإنما يجوز ما يراد به نفع مستقرضه فجرت العروض هذا المجرى في تحريم الزيادة في قرضها، فجاز الصنف منها في مثله بمعنى القرض لا نفع فيه إلا أخذه، فإن كان البيع عرضاً بمثله، أو بأكثر منه؛ حُرّم في الجنس الواحد، وليس ما سُميا من البيع محللاً ما أظهرا من الزيادة في

=

يجوز إذا لم يأخذها من جميع حقه، بل أخذ خمسين وحط خمسين والنظر إنما هو على الرواية المتقدمة وهي أشهر وأكثر في النسخ ولا اعتبار في هذه الرواية عند أَشْهَب وسحنون ألا ترى سحنون كيف قال: إنما المراعاة في أخذه السمراء من المحمولة، وأما المحمولة من المحمولة أو السمراء من السمراء، فلا يراعى عنده كيف أخذها؛ لأنه أخذ بعض حقه وترك بعضه وإذا اختلف النوع والقدر قويت التهمة فاحتجنا لهذه المراعاة.

وقد قال أَشْهَب في كتاب الصرف في خمسين من مائة محمولة من جميع حقه: ذلك جائز، وهذا كله من قرض وبعد حلول الأجل. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1469و1470.

(1) الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/809، في باب الوكالة في قضاء الديون، من كتاب الوكالة، برقم: (2183)، ومسلم: 3/1225، في باب من استلف شيئاً فقضى خيراً منه، من كتاب المساقاة، برقم: (1601).

السلف في جنس واحد حتى إذا اختلفت الأصناف فتباعدت؛ خرجت عن معنى السلف إلى البيع الجائز؛ فجائز بعضها في بعض لرجاء نفاق صنف وكساد الآخر، ولا يرتجى ذلك في الصنف الواحد، بل يصير المقرض على يقين من النفع الذي شرط، أو اعتقد فافترقا.

ومن الأول: قال ابن القاسم: ولا يسلم عرض في أكثر منه من صنفه حتى يختلف ذلك باختلاف المنافع البينة فيخرجه [...][1] الزيادة في السلف.

وكذلك لا يباع ثوب بثوب دونه إلى أجل، أو عبد في عبد دونه، أو جذع في نصف جذع، وكأنه زاده على ضمان الأدنى.

وكذلك كل شيء، وإن كان عرضاً في عرض مثله صفة وجنساً، فإن كان النفع للآخذ دون المعطي؛ جاز ويسلم كل صنف من الحيوان في خلافه من الأنعام والدواب والرقيق، وأما الصنف منها بعضه في بعض؛ فلا إلا أن تختلف المنافع؛ فيجوز اتفقت الأسماء أو اختلفت، فالإبل كلها صنف إلا ما عُرف فبان في النجابة والرحلة والحمولة؛ فلا بأس أن تسلم في حواشي الإبل، وكذلك ناقة كريمة في قلائص[2]، أو كبائر الإبل في صغارها، والبقر كلها صنف إلا ما بان في الحرث؛ فإنه يسلم في حاشيتها[3]، أو كبارها في صغارها، والغنم كلها صنف ضأنها ومعزها، صغارها وكبارها؛ لأنها كلها للحم لا حمل فيها ولا مركب إلا شاة غزيرة اللبن تسلم في سائرها،

---

(1) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، بمقدار كلمة.

(2) عياض: القلائص: الإناث من حواشي الإبل؛ واحدها قلوص، وليس كما قال بعض الشارحين: إنها التي لم يكمل حولاً. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1369.

(3) عياض: وقوله: (لا بأس أن يسلم البقرة القوية على العمل الفارهة في الحرث في حواشي البقر)، كذا في أصل كتابي، وهي رواية القابسي.

وفي كتاب ابن عيسى وكذا في أصل الأسدية: البقرة، وكذا في جل الروايات.

وقد ذهب ابن حبيب إلى أن الحرث إنما يراعى في الذكور لا في الإناث وما في الأسدية يرد عليه، وهو المعروف من مذهب ابن القاسم أن الحرث مراعى في الذكور والإناث. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1372و1373.

والخيل صنف؛ إلا فرس جواد له سبق يسلم في سائرها، أو تسلم كبارها في صغارها[1].

وقال في غير المدونة: ولا بأس بصغيرين في كبير أو كبيرين في صغيرين، ولا خير في صغير في كبير ولا في كبيرين والحولي صغير، والحمير والبغال صنف[2]؛ لتقارب نفعها، فلا يسلم بعضها في بعض، إلا أن يسلم في البغال الحمر الأعرابية[3] التي يجوز أن يسلم الحمار الفاره النجيب فيها، فكذلك إذا أسلمت البغال في الحمير والحمار في

---

(1) انظر: المدونة: 6/249، وما بعدها.

(2) عياض: وتسويته في الكتاب بين البغال والحمير وأنهما صنف واحد، وتفريق ابن حبيب بينهما وأنهما صنفان؛ قد خرجه بعضهم من تفرقتهما عنده في القسم في كتابه.
وذهب فضل إلى أنه ليس بخلاف، وإنما تكلم كل واحد على عادة بلده، وأن بينهما بالأندلس اختلافاً بيناً، وأغراضاً مختلفة، وفي مصر الأمر بخلافه، واستعمالهم لها معاً للامتطاء والحمل.
ومذهب الكتاب تسويتها إياها بالحمر، وأن حكم سلم كبارها في صغارها أو صغار الحمر سواء، جار على ما تقدم من سلم الصغار في الكبار، اتفقت الأعداد أو اختلفت على الخلاف المتقدم.
وابن القاسم تأول على مالك في العتبية فرق بين تقديم البغال في صغار الحمر فمنعه إلا مع اختلاف العدد؛ قال: ولأن الحمر تلد البغال، وأجاز تقديم البغال.
ووهم ابن لبابة ابن القاسم في هذا التأويل، وزعم أن منع مالك مرة من تقديم الحمار في صغير البغال على قوله في منع تقديم الكبير في الصغير، وأن إجازته تقديم البغل في صغير الحمر على إجازته ذلك؛ إذ لا فرق عنده في الكتاب بين الحمير والبغال، لا على ما علل به ابن القاسم من ولادة الحمر البغال.
ومذهب الكتاب أن السير والحمل في الحمر غير معتبر، وأنها صنف وإن اختلفت في سيرها، وحكاه ابن حبيب عن ابن القاسم، وقاله أبو عِمرَان؛ قال: لأنه جعل حمر مصر كلها صنفاً، وبعضها أسْيَر من بعض وأحمل.
وتأول فضل على المدونة خلافه، وأنكر تأويل ابن حبيب على ابن القاسم، وقال: كرهه، وهو يقول في المدونة: (إلا أن تختلف كاختلاف الحمار النجيب بالأعرابيين)، وبمراعاة السير في الحمر. واختلافها فيه.
قال ابن حبيب وأصبغ وعيسى: وأنكر أبو عِمرَان تأويل فضل. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1369، وما بعدها.

(3) عياض: والحمر الأعرابية: هي حمر البادية. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1369.

البغال، فاختلفت، [(م: 176/ب)] كاختلاف الأعرابية بالحمار الفاره؛ فجائز[1].

قال أصبغ: الحمير صنف[2].

والعبيد والإماء صنف واحد، صغارها وكبارها، فارهها وقبيحها إلا ذو النفاذ والتجارة، أو ذات المنصب في الصنعة؛ فلا بأس أن يسلم عبد تاجر صقلبي، أو بربري في نوبيين، أو غيرهما لا تجارة فيهما.

قال يحيى بن سعيد: أو كاتب أو حاسب في وصفاء سواه[3].

والخشب لا يسلم منها جذع في جذعين مثله؛ حتى يتبين اختلافهما، كجذع نخلة كبير غلظه وطوله كذا في جذوع نخل صغار لا تقاربه؛ فيجوز، وإن أسلمته في مثله صفة وجنساً؛ فهو قرض، فإن ابتغيت به نفع الذي أقرضته؛ جاز وإلا لم يجز، ولا يسلم جذع في نصف جذع من جنسه، وكأنه أخذ جذعاً على ضمان نصف جذع[4].

وكذلك هذا في جميع الأشياء، وكذلك ثوب في ثوب دونه، أو رأس في رأس دونه، وثياب الكتان صنف، لا يسلم بعضها في بعض، إلا أن تختلف بالرقة والغلظ اختلافاً بيناً؛ فيسلم رقيقها في غلظها وغلظها في رقيقها.

وكذلك ثياب القطن إنما تختلف بالرقة والغلظ، ولا خير في رقيق ثياب الكتان في

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/12و 13، والبيان والتحصيل: 7/146.

(2) انظر: البيان والتحصيل: 7/187، والنوادر والزيادات: 6/13.

(3) انظر: المدونة: 6/251 و252.

(4) عياض: ومسألة (سلم الجذع الكبير في الجذوع الصغار منها)، عورضت المسألة بأنه يصنع من الكبير صغار، وصوَّبَ فضل منع ابن حبيب لذلك، وذهب غيره إلى أن معنى ذلك أن الكبير لا يصلح أن يجعل على ما يصلح فيه الصغار أو أنه لا يرجع منه صغار إلا بفساد ولا يقصده الناس، وما في الكتاب بيِّن لا بُعد فيه ولا اعتراض يصح عليه؛ وذلك أنه قال: (جذع نخل كبير وجذوع نخل صغار)، فظاهره الجذوع على خلقتها دون أن تدخلها صنعة، ولا يمكن أن يصير من الكبير في غلظه أجذاعاً صغاراً رقاقاً إلا بتغييرها عن خلقتها ونشرها ونجرها، وإن فعل بها ذلك لم تكن جذوعاً، وإنما تسمى جرائد إلا على تجوز، فهذا معنى مسألة الكتاب عندي.

واختلاف الأغراض في الجذع الكبير والجذوع الصغار بيِّن؛ لأن كل واحد يصرف حيث لا يصرف الآخر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1374و1375.

رقيقها، أو غليظها في غليظها.

وكذلك ثياب القطن فمن رقيق الكتان الفُرْقُبي والقصبي والشطوي والتنيسي، ومن غليظه الزيقة[1]، والقسيو والمريسة[2]، والفسطاطي [...][3] قرب منه فإنه يلحق برقيقه ومن رقيق القطن المرويَ والهرويَ والقوهي والعربي، ومن غليظه الشقائق، وغليظ الملاحف اليمانية[4].

قال ربيعة: ولا خير في ريطة من نسج الولائد في اثنين منها، وتجوز في سابريتين[5]؛ لاختلافهما[6].

ولا بأس بفسطاطية في مرويَة معجّلة ومرويَة مؤجّلة، وكذلك ثوب من الزيقة في قوهي معجّل وقصبي مؤجّل، ولا بأس بفسطاطية في فسطاطية معجّلة ومرويَة مؤجّلة، ولو تأخرت الفسطاطية، وعُجّلت المرويَة أو أُجّلت؛ لم يجز[7].

---

(1) عياض: والزِيَقة، بكسر الزاي وبفتح الياء، كذا ضبطناه، وضبطه بعضهم بسكون الياء، وكلها ثياب غلاظ. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1376.

(2) لعلها: القسي والمريسية، وانظر: المدونة: 6/ 283، وتهذيب البراذعي: 3/ 25.

عياض: (والقَسِّي - بفتح القاف وتشديد السين - كذا عند بعضهم، وفي كتابي شيخينا: القيسي، بزيادة ياء، وكذا ذكره أبو عبيد، وقال: المحدثون يقولون: القِسِي. وقال أهل اللغة: قس: موضع تنسب إليه الثياب القسية. وأكثر الرواة في الموطأ قالوا فيه: القيسي، ومنهم من قال: القسي. وفي كتاب البخاري قسية: ثياب يؤتى بها من الشام أو من مصر مضلعة، فيها حرير، فيها أمثال الأترج، وأكثرهم يقول: فيها حرير، قاله في تفسير نهيه عن لبس القسي) قال الهروي: وقال بعضهم: إنما هو القزي، أبدلت الزاي سينا منسوب إلى القز وهو الحرير. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1375 و1376، ويراجع: مشارق الأنوار على صحاح الآثار: 2/ 193.

(3) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل بمقدار كلمة.

(4) انظر: المدونة: 6/ 283، وما بعدها.

(5) عياض: والسابري: ثوب منسوب إلى السابرة من عمل فلسطين. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1396.

(6) انظر: المدونة: 6/ 284 و285.

(7) انظر: المدونة: 6/ 284 و285، وتهذيب البراذعي: 3/ 25 و26.

ولا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم الجملان نقداً، والدراهم معجّلة أو مؤجّلة، وإن تأخر أحد الجملين؛ لم يجز، عُجّلت الدراهم، أو أُجّلت.

وكذلك عرضان أو عبدان متساويان[1].

والحديد صنف، فلا يسلم بعضه في بعض، ولا حديد السيوف فيها ولا السيوف فيه، ولو أجزته؛ أجزت حديد السيوف في حاشية الحديد، وليس بخلاف بيّن.

كما لا أجيز كتاناً في كتان، أو صوفاً في صوف، وأحدهما يغزل منه الرقيق والآخر لا يغزل منه رقيق أبداً.

ولا خير في سيف في سيفين دونه؛ لتقارب المنافع، إلا أن يبعد ما بينهما في الجوهر والقطع كتباعده في الرقيق، والثياب؛ فيجوز[2].

ولم يجزه سحنون.

ولا بأس بحديد في نحاس، أو رصاص[3]، أو نحاس في حديد، أو رصاص، ولا يسلم نحاس في صفر[4] ولا رصاص في آنك؛ لأنهما صنف، ولا بأس بذلك كله نقداً.

ولا بأس بفلوس نحاس في حديد، ولا خير في فلوس نحاس، أو صفر عدداً في نحاس إلى أجل [(م: 177/أ)]، ويجوز نقداً إن تبين الفضل خوف المزابنة[5].

قال ابن حبيب: والماء العذب والشريب[6] صنف واحد لا يسلم بعضه في بعض، ولا بأس به في الأجاج إلى أجل[7].

---

(1) انظر: المدونة: 6/287، وتهذيب البراذعي: 3/27.

(2) انظر: المدونة: 6/279 و280، وتهذيب البراذعي: 3/23و 24.

(3) عياض: والرصاص، ويقال بفتح الراء وكسرها. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1399.

(4) عياض: وكذلك الصفر، بضم الصاد وكسرها. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1399.

(5) انظر: المدونة: 6/278، وتهذيب البراذعي: 3/23.

(6) ماء مشروب وشريب للذى بين الملح والعذب. انظر: الصحاح، للجوهري: 1/153.

(7) انظر: النوادر والزيادات: 6/61.

ما ينبغي في السلم من صفة، وأجل ومعرفة الثمن وتعجيله، والسلم في طعام قرية بعضها، ومن أسلم في شيء فانقطع

قال مالك: سُئل ابن عباس عن السلم في الطعام، فتلا هذه الآية: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [سورة البقرة آية: 282].

قال مالك: فهذا يجمع الدين كله، وبين لهم الرسول ﷺ إذا كانوا يسلفون في الثمار، فقال: «أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم[1]»[2].

ونهى عن «الكالئ بالكالئ»[3]، فوجب تعجيل النقد في المضمون.

ونهى الرسول عليه السلام عن بيع ما ليس عندك[4]، وهو المضمون حالاً، أو إلى أجل قريب جداً، فأما إلى أجل يخشى فيه تغيير الأسواق؛ فهو السلم الذي دل الله ورسوله على إباحته.

قال ابن القاسم: ولا بأس بالسلم في كل شيء؛ إذا وصفته وأجله وثمنه وعجّلت نقدك فيه[5].

قال محمد: وإن لم تذكرا موضع القضاء؛ لم يفسد بهذا السلم ويلزمه أن يقرضه

---

(1) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/781، في باب السلم في كيل معلوم، من كتاب السلم، برقم: 2124، ومسلم: 3/1226، في باب السلم، من كتاب المساقاة، برقم: 1604.

(2) انظر: المدونة: 6/260.

(3) صحيح: أخرجه الحاكم في المستدرك: 2/65، في كتاب البيوع، برقم: (2342)، والدارقطني، في سننه: 3/71، في كتاب البيوع، برقم: (269)، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي. قال الجوهري في الصحاح: 1/69: (... وفي الحديث أنه عليه السلام: «نهى عن الكالئ بالكالئ»، وهو بيع النسيئة بالنسيئة).

(4) حسن صحيح: أخرجه أحمد في مسنده، برقم: (6671)، وأبو داود: 2/305، في باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، من كتاب الإجارة، برقم: (3504)، والترمذي: 3/535، في باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، من كتاب البيوع، برقم: (1234)، والنسائي: 7/288، في باب: بيع ما ليس عند البائع، من كتاب البيوع، برقم: (4611)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(5) انظر: المدونة: 6/277.

بموضع التبايع في سوق تلك السلعة[1].

ومن الثاني: وبما أسلمت في غير صفة [...][2] وإلى غير أجل معلوم، والثمن عين، أو غيره؛ فذلك فاسد حتى تسمّي صفة وأجلاً معلومين وتعجيل رأس المال.

فإن أخرته بشرط وهو عين إلى يوم أو يومين[3].

قال في كتاب الخيار: أو ثلاثة أيام؛ فذلك جائز، ولا يجوز أكثر من ذلك، إلا أن تتأخر من غير شرط؛ فيجوز ما لم يحل الأجل، فإن حل؛ فلا يجوز[4].

محمد ثم رجع ابن القاسم فأجازه؛ إذ ليس بشرط[5].

وإن كان عرضاً، أو طعاماً، أو حيواناً بعينه فتأخر قبضه الأيام الكثيرة الأشهر، أو إلى أجل، فإن كان ذلك بشرط؛ فسد البيع، وإن لم يكن بشرط أو كان هرباً من أحدهما؛ فالبيع نافذ مع كراهية مالك لها في ذلك التأخير البعيد بغير شرط[6].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/418.

(2) غير واضح في الأصل بمقدار كلمة.

(3) انظر: المدونة: 6/306.

عياض: وقوله: (إن أسلمت في طعام ولم أضرب لرأس المال أجلا فافترقنا قبل القبض لرأس المال: هذا حرام إلا أن يكون على النقد).

قيل: لعله لم يكن عندهم عرف النقد في السلم، وإلا فمقتضى لفظ السلم وعرفه يقتضي جوازه وإن لم ينصا على النقد، ويحكم فيه بالنقد.

ويكون قوله: إلا أن يكون على النقد؛ أي باشتراطهم أو عرفهم.

وذهب أبو القاسم بن محرز إلى أنهما حملا على التأخير.

قال أبو عِمرَان: (وقول مالك بعده: لا بأس بذلك، وإن افترقا قبل أن يقبض رأس المال إذا قبضه بعد يوم أو يومين)، أتى ابن القاسم بجواب أسد بن الفرات مع ما سمع من مالك على هيئته، فأجاب عما سئل عنه، وعما لم يسأل عنه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1415.

(4) انظر: المدونة: 7/133.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 6/68.

(6) انظر: المدونة: 6/308 و309.

عياض: ومسألة تأخير رأس المال في السلم بغير شرط. فرق في الكتاب بين الحيوان والعروض =

قال ابن حبيب: إن تأخر رأس المال كثيراً، أو حتى حل الأجل؛ يريد في العين، فإن كان ذلك بامتناع من المشتري، أو التوائه؛ فالذي عليه السلم بالخيار في أخذه منه وجميع ما عليه، أو فسخ السلم وإن كان بترك من الذي عليه السلم؛ لأخذه أو توان منه؛ فالسلم ثابت؛ لأن نفع تعجيل الثمن للبائع، ولذلك زاد في السعر[1].

وقال أشهب: سواء بهرب أو بغير هرب؛ فهو جائز ما لم يكن بشرط.

قال ابن القاسم: وإن نقدت بعض رأس المال، وشرطت تأخير بقيته، أو كان بعضه ديناً ففسخته في المسلم فيه؛ فسد الجميع ولا أجيز حصة النقد.

ومن الأول: وأما إن وجد رأس المال رديئاً فرده بعد طول المدة؛ فجائز ويبدله، إلا أن يعملا على التأخير، وليس كمن أخر النقد، ولهذا أن يرضى بها انتقد، ولا بأس أن يؤخره بالبدل، مثل ما يجوز من تأخير رأس مال السلم. يريد بشرط.

والقول في تناكرهما في باب الدعوى.

ومسألة: من لك عليه دين [(م: 177/ب)] فأمرته يسلمه في طعام، أو يبتاع لك

=

والعين، فقيل: مذهبه في العين أنه يفسخ به السلم على كل حال تأخر إلى الأجل أو دونه، بدليل قوله في ذلك في باب اختلاف المتبايعين، وفي الباب الثالث من السلم الثالث من قوله: إن العروض والطعام يكره ذلك فيها ولا يفسخ، وإن الحيوان لا يكره فيه ذلك ولا يفسخ، وهذا هو مذهب ابن أبي زمنين وجماعة من الشارحين.

وقال أبو محمد اللوبي: الطعام أشد؛ إذ لا يعرف بعينه، وفرق بين العروض والحيوان؛ لأنه مما يغاب عليها، وهذا على القول إن مصيبة الحيوان من مشتريه، وأما على القول: إن مصيبته من البائع فلا فرق بينه وبين العروض.

وذهب بعضهم إلى أن الطعام لم يكل حتى يدخل في ضمان البائع؛ يعني المسلم إليه، ولو كان فيه كيل لساوى الحيوان، ومثله لابن القاسم في كتاب محمد إذا حل الأجل قال: ثم رجع ابن القاسم فأجازه، إذ ليس بشرط، فهذا يدل أنه سواء في القولين حل أجله أو لم يحل.

وذهب فضل بن سلمة وبعض القرويين أنه لا فرق بين العرض والعين بغير شرط، حل الأجل أو لا، فهو جائز ماض وإنما أطلق الجواز في مسألة الحيوان؛ لأنه سئل عن أمر وقع، وكرهه في الأخرى في الابتداء كما يكرهه في الأولى، وإلى هذا نحا أبو عِمرَان. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1418، ومابعدها.

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/69.

به سلعة نقداً؛ في باب الدين بالدين.

و لا يجوز السلم إلا إلى أجل تتغير في مثله الأسواق، وإلا كان بيع ما ليس عندك إن لم يضربا أجلاً، أو سكتا عن الأجل، وكذلك إلى يومين، أو ثلاثة حتى يبعد ذلك، ولم يحد مالك فيه حداً، وأرى خمسة عشر يوماً أقل ذلك في البلد الواحد، فأما إن أسلم في بلد على أن يأخذه ببلد آخر؛ فجائز إن كانت مسافته ثلاثة أيام[1].

قال ابن حبيب: أو يومين، لاختلاف سعريها، فصار كبُعد الأجل في البلد، إلا ما أجازه الناس من شراء ما في الأسواق من اللحم، وغيره بسعر وصفة معلومين، وتسمى ما تأخذ كل يوم من وزن معلوم ويشرع في الأخذ، وإن تأخر الثمن فقد استخفوه وهذا في باب الجزاف.

قال أصبغ: وإن أسلمت في البلد الواحد إلى ثلاثة أيام؛ لم أفسخه، وقد روى ابن وهب أن مالكاً أجازه، وقاله ابن المسيب[2].

قال ابن القاسم: وإن أسلمت عبداً، أو عرضاً بعينه، في طعام، أو غيره مضمون، أو ابتعت حيواناً، أو عرضاً حالاً غير معين بطعام بعينه، أوبسلعة بعينها والمضمون ليس عند بائعه؛ فلا يجوز حتى يكون المضمون إلى أجل بعيد كما ذكرنا[3].

ولا بأس بالسلم إلى أوقات معروفة من الأزمنة لا تكاد تختلف؛ كإبان[4] الحصاد، وقدوم الحاج، ونحوه، ويحل في عظم ذلك ووسطه، وهذا مذكور في باب البيوع الفاسدة[5].

وتذكر من صفة ما أسلمت فيه ما ينبغي من صفته مع ذكر الأجل، وإن أسلمت فيه على أن تأخذه ببلد آخر؛ لم تحتج إلى ذكر الأجل فأما بيعك سلعة تعين على أن تأخذه

---

(1) انظر: المدونة: 6/294 و295.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/66.

(3) انظر: المدونة: 6/307.

(4) عياض: والإبان بكسر الهمزة وتشديد الباء بواحدة: الوقت. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1377.

(5) انظر: المدونة: 7/74.

ببلد آخر؛ فلا يجوز حتى تُسمّي الأجل[1]؛ لأن لك أن تأخذه بالعين أين ما لقيته إذا حل الأجل، ولا تأخذه بالعرض والطعام ونحوه، إلا في البلد المشترط، وإن ذكرت في السلم مع ذكر البلد أجلاً؛ فسمِّ أجلاً يبلغ في مثله إليه.

وفي باب أقضية البيوع من هذا.

ومن الثاني: ومن أسلم في طعام على أن يقبضه بمصر؛ لم يجز حتى يُسمّي أيَّ موضع من مصر؛ لأن مصر من البحر إلى أُسْوان[2]، ولو قال: على أن يقبضه بالفسطاط؛ فجائز، وإن قال: أقبضه منك في الفسطاط على أن عليك حملانه إلى القلزم؛ كان جائزاً[3].

ومن الأول: ولا بد في الحنطة، مع ذكر الكيل والصفة لجودة، أو رداءة، من ذكر

---

(1) عياض: وقوله (في مشتري السلعة بطعام يوفيه إياه بإفريقية، وضرب لذلك أجلا: ذلك جائز).

بين فيه وفي غير موضع ضرب الأجل مع ذكر البلد، وهو شرط في المضمون عند فضل، كالدنانير المضمونة، فاسد إذا لم يضرباه.

كذلك قال ابن القاسم في العتبية: وأرى أن ينقض؛ يريد: والثمن عين إذا لم يضربا أجلاً، وهو ظاهر اشتراطه في المدونة هنا.

وقال في كتاب الآجال في قرض العين ليقضيه بإفريقية: لا يعجبني إذا لم يضرب أجلاً، وأجازه أَشْهَب بدءا في السلف.

قال ابن القاسم: فإن نزل أجزت السلف وأضرب له قدر المسير إلى إفريقية، وقيل: لا يحتاج في الشراء إلى أجل والبلد فيه كالأجل.

والأول أصوَب عند شيوخنا؛ كما لو كان الثمن عينا مضموناً فلا يختلف في اشتراط ضرب الأجل فيه ولو كان الثمن معينا عينا أو سلعة لم يحتج إلى ضرب الأجل، واستحبه محمد في العين، ولا وجه له هنا، ونص ما في كتاب الغرر بقوله: لا خير فيه، وانظر قوله: إفريقية قال فضل: معناه سمى منها موضعا وإلا لم يجز كمسألة مصر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1468و1469.

(2) عياض: وأُسْوان بضم الهمزة وسكون السين المهملة مدينة من أعلى عمل مصر وآخر حده في الجنوب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1420.

(3) انظر: المدونة: 6/311، ومابعدها.

محمولة، أو سمراء، إن كنت ببلد فيه الصنفان، كالحجاز[1].

قال ابن حبيب: مثل بلد تحمل إليه، فأما بلد ينبت فيه أسمر وأبيض؛ فيجزئه إن لم يذكر ذلك، وذكر جيداً نقياً، أو وسطاً، أو مغلوثاً وسطاً؛ أجزأه.

قال محمد: قال ابن القاسم عن مالك: إنه إن لم يُسم بمصر سمراء، أو بيضاء؛ لم يجز، وقاله ابن عبد الحكم، وهو أحب إلينا، قال أصبغ: ذلك جائز؛ لأن جلَّ طعام مصر البيضاء، إلا ما أصابته عاهة[2].

ابن القاسم: وإن ذكرت الجنس دون الصفة، فقلت: سمراء، أو محمولة، أو صيحاني من التمر، أو عجوة؛ لم يجز حتى تصف جودة أو رداءة، وكذلك الزبيب، وكذلك إن وصفت الجودة ولم تذكر الجنس، أمحمولة، أم سمراء، أم عجوة، أم صيحاني، أم زبيب، أحمر، أم أسود[3]. [(م: 178/أ)]

وكذلك سائر الحبوب، فإن نزل ثم اتفقا على أخذ الأرفع؛ لم يجز؛ لفساد العقدة، ومن أسلم في حنطة ببلد ليس فيه الجنسان ولم يذكر محمولة من سمراء، وذكر الجودة والكيل؛ فذلك جائز، فإن كان بالشام؛ قضى بالسمراء، وإن كان بمصر؛ قضى بالمحمولة[4].

يريد: لأنها الذي بها.

وذكر المكيال المجهول في باب الجزاف.

وإن أسلم مائة درهم في أرادب معلومة من حنطة، وأرادب شعير مسماة، وأرادب سمسم مسماة، ولم يذكر ما لكل صنف من الثمن؛ فذلك جائز، كانت آجال ذلك واحدة، أو مختلفة.

وكذلك جميع أصناف الطعام والشراب والعروض والحيوان، إذا وصف ذلك.

وكذلك في سلع مختلفة الأجناس ولا يسمي ما لكل صنف من الثمن، كانت إلى

---

(1) انظر: المدونة: 6/266.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/62 و63.

(3) انظر: المدونة: 6/299، وما بعدها.

(4) انظر: المدونة: 6/265، وما بعدها.

أجل واحد، أو آجال مختلفة، كان رأس المال عيناً، أو كان عرضاً معه دراهم، أم لا في خلافه من عروض مختلفة.

وكذلك ثوبان في حنطة ودراهم مسماة إلى أجل متفق، أو مختلف[1].

ولا بأس بالسلم في الفواكه بصفة معلومة، ويذكر وزناً، أو كيلاً، أو عدداً بمقدار معلوم موصوف.

ولا بأس بالسلم في السفرجل، أو الرمان، أو التفاح عدداً بوصف مقداره، أو كيلاً إن كان الكيل معروفاً فيه، وفي البيض على العدد والصفة، وكذلك الجوز، وإن عرف الكيل في الجوز؛ فذلك جائز.

ولا بأس بالسلم في البقل إن شرط حزماً معروفة ويسلم في الرؤوس إذا ذكر الصنف والقدر من صغير، أو كبير ووصف ذلك[2].

وكذلك الأكارع، وكذلك يصف اللحم أو الشحم إن أسلم فيه، ويذكر الجنس من ضأن، أو معز ونحوه، وإلا لم يجز، ولا بد من ذكر وزن، أو تحر معلوم يعرفه لجواز بدل اللحم تحرياً.

ولا بأس بالسلم في طري الحوت، ويذكر الجنس وضرباً معلوماً، صفته وطوله وناحيته[3]، بوزن أو بقدر معروف.

وكذلك لحوم صنوف الطير والأوز والدجاج وغيرها، ويذكر الجنس والصفة وما كان ينقطع من هذا؛ فليذكر أخذه في إبانه، وإن شرط أخذه في غير إبانه؛ لم يجز، أسلم فيه في إبانه أو غير إبانه[4].

---

(1) انظر: المدونة: 6/267.

(2) انظر: المدونة: 6/264.

(3) عياض: وقوله (في الحيتان: صفتها كذا، وطولها كذا وناحيتها)، ظاهره أنه أراد بالناحية القدر؛ إذ لا معنى لذكر المواضع فيها، وذهب بعض الشيوخ إلى أنه على ظاهره وأن هذا فيما اختلفت فيه الحيتان في الجهات، وكون حوت بعضها أفضل من بعض، وعلى هذا فهو صواب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1394 و1395.

(4) انظر: المدونة: 6/269، وما بعدها.

ولا بأس بالسلم في طعام قرية بعينها، أو في ثمرها، أو غيره من حبها في أي وقت شاء، ويشترط أخذه أي إبان شاء إذا كانت كخيبر ووادي القرى ونحوها من قرى الطعام المأمونة التي لا ينقطع ثمرها وحبها من أيدي الناس، وإن لم يكن للبائع فيها أرض ولا أصل ثمر، ولا بأس في رطبها وبسرها على أن يأخذه في إبانه، وأما القرية الصغيرة غير المأمونة؛ فلا يجوز فيها إلا ما يجوز في حائط بعينه(1).

وذلك مذكور بعد هذا.

والسلم في حديد معدن بعينه، كقرية بعينها في أمنه وقلة أمنه.

ولا بأس بالسلم في الحنطة الحديثة، أو التمر الحديث؛ قبل الجذاذ والحصاد مضموناً لا يعين زرعاً، أو حائطاً معيناً، وما أسلمت فيه مضموناً، ما ينقطع في بعض الأزمنة من تمر، أو فاكهة، أو بطيخ، أو قثاء، أو طير؛ فلا بأس أن يسلم فيه في غير إبانه وفي إبانه، ولكن لا يشترط الأخذ إلا في إبانه، ويضرب أجلاً لا يحل دون الإبان، [(م: 178/ب)]، وإن شرط أخذه دون الإبان؛ لم يجز، أسلمت فيه في إبانه، أو في غير إبانه(2).

وكذلك القرط الأخضر والقصب والقصيل الأخضر والبقول إذا شرطا حزماً، أو جززاً(3)، أو أحمالاً معروفة وشرط أخذه في إبانه، فإن كان القصب لا ينقطع؛ فيستغني عن ذكر الإبان فيه، ولا يجوز في شيء من ذلك اشتراط فدانين معروفة بصفة طول

---

(1) انظر: المدونة: 6/258، وما بعدها.

عياض: وقوله في الكتاب: (لأن ذلك ليس بمأمون في صغار القرى وصغار الحيطان) لا تأثير لذكر الصغر في الحيطان؛ إذ لا فرق بين عدم الأمن في كبارها وصغارها، وقد أسقطه بعض المختصرين. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1377.

(2) انظر: المدونة: 6/261، وما بعدها.

(3) عياض: وقوله (في القصيل: إن اشترط من ذلك جُرزا)، كذا رويناه بضم الجيم والراء، وفتح الراء أيضاً، وآخره زاي ورواه بعضهم: جززا بكسر الجيم وبالزاي المعجمة فيهما قال أبو عبد الله ابن عتاب: الأول أصوَب، وهي القُبَض، ولا يختلف، وأما الجزة فتختلف في الخفة والالتفاف. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1391و1392.

وعرض وجودة، أو رداءة؛ لأنه مختلف ولا يحاط بصفته هكذا[1].

ولا بأس بالسلم في الموز والأترنج[2] والقصب الحلو إن شرطا شيئاً معلوماً، وليذكر الإبان مع ذلك فيما ينقطع من ذلك، وأما ما لا ينقطع فليسلم فيه متى شاء إلى أي أجل شاء[3].

---

(1) انظر: المدونة: 6/268و 269.

عياض: قال القاضي: قال بعد في الفدادين: (أيجوز أن يشترط فدادين معروفة طولها وعرضها فيسلف في كذا وكذا فدانا من نوع كذا من البقول أو القصيل؟

قال: لا يصلح أن يشترط فدادين؛ لأن ذلك يختلف منه الجيد ومنه الرديء ثم قال: ولا يحاط بصفته ولا معرفة طوله وصفاقته)، فتعليله بهذا يدل على أنها فدادين غير معينة، وإنما وصف أقدارها وصفتها خلاف ما ذهب إليه بعض الشارحين لتعليله بأنها معينة، ويحتج بقوله: معروفة، ويدل على هذا تجويز أَشْهَب السلم في الفدادين إذا وصفها.

وقوله: ومن لم يجزه؛ لأن الوسط منه مختلف، والجيد مختلف لزمه في الحبوب، وأَشْهَب وغيره لا يجيز السلم في معين، وإنما أراد أَشْهَب في قصيل فدادين مقدرة غير معينة موصوفة الصفاقة والنبات، خلاف ما تأوله عليه أكثرهم.

وذهب بعضهم إلى إلزام ابن القاسم قول أَشْهَب وتجويزه في المعين من مسألة السلم للحنطة في القصيل والقضب.

وقوله: (إن كان يحصده ولا يؤخره فلا بأس)، فهذا يدل أنه معين إلا أن يريد أن هذا هو رأس مال السلم، فقلب الكلام واللفظ، فتستقيم المسألة على أصله.

وقال غيره في مسألة القصيل: إن الجواب على غير السؤال إنما سأل عن السلم فأجاب على البيع نقدا ليدله أنه أبعد في السلم، وقد يحتمل أن معناه أن يأخذ القصيل المسلم إليه قبل تحبيبه ولا يجوز أخذه وفيه حب. اهـ.

انظر: التنبيهات النستنبطة، ص: 1392، ومابعدها.

(2) في المدونة: (الأترج)، وكذا في تهذيب البراذعي: 3/16، وكلاهما صحيح.

عياض: (والأترجة - بضم الهمزة - وفيها ثلاث لغات: أترنجة وأترجة بحذف النون وترنجة). اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 516 و2712، ويراجع مشارق الأنوار، له: 1/16، مادة: (أت ر)، والصحاح: 1/301، ولسان العرب: 2/218، تركيب: (ترج).

قال الفيومى: (الأُتْرُجُّ بضمّ الهمزة وتشديد الجيم فاكهة معروفة الواحدة أُتْرُجَّةٌ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: 1/73 و74.

(3) انظر: المدونة: 6/264.

وإن أسلم إلى الإبان فيما ينقطع من رطب الفواكه والثمار وغيرها، فقبض بعضه ثم انقطع ذلك؛ قال مالك: تتبعه إلى عام قابل، ثم قال: لا بأس بأخذ بقية رأس ماله.

قال ابن القاسم: ومن دعا منهما إلى التأخير فله ذلك إلا أن يجتمعا على المحاسبة(1).

قال سحنون: ليس ذلك لواحد منهما، وما بقي فهو في ذمته إلى قابل.

قال أشهب: لا يجوز التأخير، وليس له إلا رأس ماله(2).

---

(1) انظر: المدونة: 6/264.

(2) عياض: ومسألة الثمرة التي لها إبان؛ تحصيل ما في الكتاب من الخلاف فيها.

قال: كان مالك مرة يقول: ليتأخر الذي له السلم إلى إبانها من السنة المقبلة، هذا قول ولا تجوز له المحاسبة، وهو قول سحنون، وخلاف قول أشهب بوجوب المحاسبة، ولا يجوز التأخير، هكذا أصلحته فلا نظرة.

والعلة لهذا الدينُ بالدين؛ لأنه وجبت له بقية رأس ماله، فيفسخها في ثمرة لقابل، وقيل: بل هو لعدم الثمرة كالمعسر، ينظر كما قال الله تعالى لميسرة، وهو وجود الثمرة.

ثم رجع فقال: لا بأس أن يأخذ بقية رأس ماله، ومعناه ما تفسرت به المسألة بعد هذا أن من دعا منهما إلى التأخير فذلك له، إلا أن يجتمعا على المحاسبة، ووجهه أن الواجب له الثمرة والصبر إلى وجودها، وإنما أخذ المال له رخصة لا يلزم إلا برضاهما، فلم يدخله الدين بالدين ولم يجوزوا إذا حاسبه أن يؤخره؛ لأن هذا من الدين بالدين؛ لأن الواجب له فاكهة، فأخذ عنها ما لم يتعجله.

وهذا القول الثاني لمالك، فهما متفقان على أن الحكم: التأخير، مختلفان في أن الأول لا يجيز المحاسبة والثاني يجيزها، هذا هو تأويل جميعهم أنهما قولان، إلا ابن حبيب، فقد ذهب إلى أن الثاني مفسر للأول، وقد نبه فضل على خلافه، وكونهما قولين أبيَن وأصح.

القول الثالث لابن القاسم بإثر قول مالك وهو قوله: (وأنا أرى أنه إن شاء أن يؤخره على الذي عليه السلف إلى قابل، فذلك له)، وهنا انتهى قوله عند بعضهم، وأن المسلم مخير في التأخير أو المحاسبة دون صاحبه، وهو نص له في كتاب محمد، وما جاء في الكتاب بعد من قوله: ومن طلب التأخير منهما فذلك له إلى آخر الكلام، ليس من كلام ابن القاسم، إنما هو من كلام سحنون تفسيراً لأحد قولي مالك المتقدم لابن القاسم.

إلى هذا ذهب بعضهم وهو الذي رجح شيخنا القاضي أبو الوليد، وذكر أن في رواية بعض الشيوخ أول الكلام: قال سحنون: ومن طلب التأخير، واستدل بمناقضة هذا لأول الكلام المتقدم لابن القاسم في التخيير للمسلم.

والذي ذهب إليه فضل بن سلمة وغيره، وعليه اختصر أبو محمد وسائر المختصرين أن الكلام كله

قال أصبغ: من شاء المحاسبة؛ فذلك له إلا أن يجتمعا على التأخير.

وقال ابن القاسم: وهذا بخلاف حائط بعينه تنقطع ثمرته وهو مذكور بعد هذا.

قال محمد: ومن أسلم في صنف من الحيتان فزال إبانه؛ فله أن يأخذ برأس ماله شيئاً من الطعام نقداً.

وكذلك من أسلم في لحم ضأن فانقطع وذهب وقته؛ فلا بأس أن يأخذ ببقية رأس ماله لحم معز، أو بقر رطل برطلين، أو معزاً حية.

وكذلك العنب يزول إبانه فيأخذ فيما بقي له زبيباً أو عنباً مشتوياً رطلين برطل، وهذا كله بعد معرفتهما بما بقي من رأس المال[1].

ولا بأس بالسلم في الثياب بصفة معلومة؛ إذا وصف الرقة والصفاقة والجنس والطول والعرض فيها.

ومن الثاني: ولا بأس أن يشترط فيها ذراع رجل بعينه وليأخذا قياسه عندهما، وإذا وصفا في الثوب الحرير، عرضه وطوله، ولم يذكرا وزنه؛ جاز إذا ذكرا نحو الرقة من صفاقة، أو خفة، أو من غلظ، أو رقة، وإن شرط صفة ثوب أراه إياه جاز، ولا أعرف في صفة الثوب جيداً، أو فارهاً في الحيوان حتى يصفه، - كما ذكرنا -؛ وإلا لم يجز[2].

لابن القاسم، وأنه مذهبه في الكتاب، كأحد قولي مالك، فهذه ثلاثة أقوال في الكتاب.

القول الرابع: التفريق بين أن يكون قبض أكثر السلم، فيجوز له أن يؤخره إلى قابل، أو إنما قبض أقله، فلا يجوز له التأخير، وليس إلا المحاسبة، حكاه ابن يونس عن مالك، وهذا لا وجه له، ولو كان بالعكس كان أشبه في النظر والقياس وأسعد بلفظ الكتاب؛ لقوله: (لا بأس أن يأخذ بقية رأس ماله)، فدل أنه قبض بعض سلعته، وأن التأخير هو الواجب مع القبض؛ لئلا يتهما ببيع وسلف، ولهذا منع في القول الأول أنه من المحاسبة وأجازها في الثاني؛ لأن انقطاع الثمرة يرفع التهمة، فعلى هذا تكون إجازة المحاسبة إذا لم يقبض، إذ لا تهمة، ومنْعُها إذا قبض أولى، فانظره.

والقول الخامس: قول أَشْهَب: إن الواجب المحاسبة ولا يجوز التأخير.

القول السادس: قول أصبغ: إن الواجب المحاسبة إلا أن يجتمعا على التأخير. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1386، ومابعدها.

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 39 و40.

(2) انظر: المدونة: 6/ 351، وما بعدها.

عياض: وفي باب الثياب: ما أعرف جيدا، إنما هو السلم على الصفة، فكان بعض قدماء مشايخنا

ومن الأول: ولا بأس بالسلم في نصول السيوف والسكاكين بصفة معلومة[1]، ومن استصنع طستاً، أو توراً[2]، أو قلنسية، أو خفاً، أو غير ذلك مما يعمل الناس في الأسواق بصفة معلومة، فإن كان مضموناً إلى مثل أجل السلم؛ جاز إن قدم رأس المال مكانه، أو إلى يوم، أو يومين إذا لم يشترط شيئاً بعينه يعلمه [منه] أو من عمل رجل بعينه؛ جاز شرط عمله من نحاس، أو حديد بعينه أو ظواهر معينة أو عمل رجل بعينه؛ لم يجز، وإن نقده؛ لأنه غير مأمون[3].

قال أشهب: إن شرع فيه؛ جاز[4].

ولا بأس بالسلم في المسك والعنبر وجميع العطر، إذا شرط صنفاً معلوماً، وكذلك في اللؤلؤ والجوهر وصنوف الفصوص والحجارة، إذا ذكر صنفاً معروفاً بصفة معلومة، وكذلك آنية الزجاج بصفتها[5].

ولا بأس بالسلم في اللبن والجص والزرنيخ والنورة وشبه ذلك؛ مضموناً معلوم

=

الأندلسيين يذهب إلى الفرق بين الكلامين، ويحمل الكلام على ظاهره ويقول: إن الطعام لا بد من قوله فيه بجيد، ولا يلزم ذلك في غيره، وهذا وهم وتقصير، وإنما معنى ذلك أنه لا بد في الطعام وغيره من وصف يحيط به من جودته أو رداءته وجنسه وتقديره وغير ذلك من أوصافه، وأنه لا يكتفى في السلم بالاقتصار على ذكر الجودة أو الفراهة فقط، وهذا أبين، وعليه بنى أئمتنا مذهبهم، وهو الذي فسروا به قوله في الكتاب وغيره، وكذلك فسره أَشْهَب في مسألة الفدادين. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1391.

(1) انظر: المدونة: 6/277.

(2) عياض: والتَوْر، بالفتح، كالقدح من النحاس أو من الحجارة. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1397.

(3) انظر: المدونة: 6/275، وما بعدها.

(4) عياض: وقع في أصل الأسدية هنا مسألة الرجل يشتري من رجل نعلاً على أن يعمله له من هذا الجلد بعينه إنه جائز، وطرحها سحنون.
قال أبو عِمرَان: وإنما طرحها لأنه لا يجيز بيع نحاس على أن على البائع عمله، وقد أجازه ابن القاسم وأَشْهَب في مسألة الصناعات إذا شرع في العمل. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1397.

(5) لعلها: معلومة، وانظر: المدونة: 6/274، وتهذيب البراذعي: 3/21.

الصفة، وفي الحطب والخشب على صفة، وقدراً ووزناً معلوماً، أو أحمال [(م: 179/أ)] معلومة، وكذلك جميع الجذوع والعيدان بصفة، وفي جلود البقر إن شرط شيئاً معروفاً.

ولا ينبغي السلم في جزز كباش، أو نعاج وسطة حتى يُسمّي الوزن، إلا أن يشترط صوف غنم معينة قد رآها وإن كان في إبان جزها،- وجزها لا يتأخر-؛ فذلك جائز، ولا بأس بالسلم في الرقوق والأدم والقراطيس إن اشترط شيئاً معروفاً[1].

ولا يسلم في تراب المعادن عرضاً ولا عيناً؛ إذ لا تعلم صفته، ولو علمت؛ ما جاز سلم العين فيه، ولا بأس ببيعه يداً بيد بما يجوز بيعه به، ولا يجوز شراء تراب الصاغة في سلم ولا يداً بيد.

ولا بأس بسلم طعام في فلوس أو فلوس في طعام، فأما فلوس في دنانير أو دراهم أو سلم أحدهما في فلوس؛ فلا يصلح[2]؛ لقرب الفلوس من العين فهو من ناحية الصرف نظرة[3].

في السلم في شيء بعينه أو في مضمون يشرع في أخذه أو في لبن غنم معينة أو ثمر حائط معين. والقضاء في انقطاع ذلك وفي بيع شيء بعينه يتأخر قبضه

نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر[4]، ومن الغرر شراء شيء بعينه على أن لا يقبضه

---

(1) انظر: المدونة: 6/ 274 و275.

(2) عياض: وقوله: (ولا يسلم في الفلوس)؛ معنى ذلك: لا تسلم فيها الدنانير والدراهيم، وإلا فقد أجاز قبل هذا سلم الطعام فيها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1400.

(3) انظر: المدونة: 6/ 277 و278.

(4) أخرجه مسلم: 3/ 1153، في باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، من كتاب البيوع، برقم: (1513)، من حديث أبي هريرة ﷺ. ولفظه: "نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر"، وأخرجه مالك مرسلاً: 2/ 664، في باب بيع الغرر، من كتاب البيوع، برقم: (1345)، عن سعيد بن المسيب رحمه الله.

إلا إلى أجل بعيد؛ وكأنه زاده في الثمن ليضمنه إلى الأجل، إلا ماله وجه ولهما به عذر ولا غرر فيه؛ كبيع دار واستثناء سكناها شهراً، أو دابة يستثنى ركوبها شيئاً قريباً، كما فعل الرسول ﷺ بجابر وكان بقرب المدينة[1]، أو زرعاً على الكيل، وقد يبس ويتأخر حصاده العشرة الأيام أو الخمسة عشر، أو ثمراً قد طاب ويتأخر جذاذه مثل ذلك.

وأما شراؤه لقصيل بشرط تأخيره شهر، أو إلى وقت يتحبب، أو يقصب إليه؛ فلا يجوز ذلك، وكذلك صوف الغنم على أن يتأخر الأيام الكثيرة؛ لأنه شرط زيادة النبات، وليس كتأخير ثمرة تباع بعد الزهو[2].

وإيعاب هذا في باب بيع الثمار

ومن الأول: ولا يسلم في سلعة بعينها؛ ليأخذها إلى أجل بعيد قدم النقد، أو أخره كانت عرضاً أو طعاماً أو حيواناً؛ لأنه خطر، ويدخله في النقد أنها إن هلكت [رد][3] الثمن بعد النفع به باطلاً.

قال مالك: إلا أن يشترط قبض السلعة، أو كيل الطعام إلى ما قرب من يوم، أو يومين، وكذلك جميع العروض، وهو فيها أبين[4].

ولا خير فيها بعد إلا في السلع الغائبة البعيدة تباع على الصفة ولا ينقد فيها، ولو اشترى عبداً على ألا يقبضه إلا إلى شهر؛ لم يجز، وليس كالدار.

---

(1) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/968، في باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، من كتاب الشروط، برقم: 2569، ومسلم: 3/1219، في باب بيع البعير واستثناء ركوبه، من كتاب المساقاة، برقم: 715.

(2) انظر: المدونة: 7/60 و61.

عياض: والزهو: ابتداء طيب تمر النخل واصفراره واحمراره، يقال منه: أزهى يزهي، وجاء في بعض روايات الحديث: يزه، وقالوا: لا يصح.

وقال أبو زيد: زهى، وأزهى، ولم يعرف الأصمعي: أزهى، وهو الزهو بفتح الزاي وأهل الحجاز يضمونها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1379.

(3) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل وما أثبتناه من تهذيب البراذعي: 3/29.

(4) انظر: المدونة: 6/293.

ومن هذا في باب استثناء البائع من سلعته، ومنه في اختصار الأكرية.

وإن اشتريت طعاماً بعينه بمصر على أن يحمله لك إلى الإسكندرية؛ جاز على أن يقبضه بمصر، وهو بيع وكراء، فإن كان على أن لا يقبضه إلا بالإسكندرية؛ لم يجز؛ لأنه شراء شيء بعينه يشترط ضمانه[1].

ومن الثالث: وإن بعت من رجل رطل حديد بعينه في بيتك برطلين [(م: 179/ب)] من حديد بعينه في بيته،- يريد: على رؤية، أو صفة، ثم افترقتما قبل قبضه ووزنه؛ جاز ذلك، ولكل واحد منكما قبض ما ابتاع[2].

ومن الأول: وأما السلم في ثمر حائط بعينه بكيل معلوم؛ فذلك جائز، إذا أزهى وصار بسراً[3]، على أن يأخذه بسراً، أو رطباً، ويضرب أجلاً لا يتم إليه ويذكر ما يأخذ منه كل يوم، ولا يشترط بأن يأخذ كل يوم ما شاء، وإن اشترط أخذ الجميع في يوم سماه؛ جاز، وإذا سمى ما يأخذ كل يوم، ويشرع في الأخذ أو إلى أيام يسيرة؛ جاز قدّم رأس المال، أو أخره؛ لأنه ليس بمضمون، فيكون ديناً بدين، وهذا معين، وإن تأخر قبضه خمسة عشر يوماً، فهو قريب في هذا.

ولا يسلم في حائط قبل زهوه بحال، وهو[4] طلع أو بلح بشرط أخذه بسراً، أو

---

(1) انظر: المدونة: 6/400و401.

(2) انظر: المدونة: 6/429و430.

(3) عياض: قال ابن أبي زمنين: قوله: أو صار بسراً، لفظ مستغنى عنه، وبعض المختصرين ذكره، وبعضهم أسقطه، كأنه ذهب إلى تناقض قوله: وصار بسراً مع قوله: واشترط أخذه بسراً مع قصد المسألة في أخذه بعد زيادته وانتقاله.

وقد يحتمل عندي أن يرجع الكلام بعضه على بعض ولا يتناقض، ويكون تقديره: بعدما أزهى واشترط أخذه بسراً، أو بعدما صار بسراً واشترط أخذه رطبا، ويستقيم الكلام ويرجع كل لفظ من اللفظين الآخرين بانفراده على ما يطابقه من أحد اللفظين المتقدمين. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1379و1380.

(4) انظر: تهذيب البراذعي: 3/9، والنص فيه: (ولا يجوز السلم في حائط بعينه قبل زهوه بحال، وهو طلع أو بلح)، وهو قريب لما في المدونة.

عياض: وقوله: (لأن الحيطان إذا أزهت فقد صارت بسرا) ؛ مما تقدم من أن البسر عنده بعد الزهو. ومسألة السلف في قرية صغيرة بعينها، ظاهر الكتاب أنه لا يسلم فيها لمن لا ملك له فيها؛ لقوله: لا

رطباً، أو تمراً.

قال: ولا ينبغي أن يسلم فيه إذا أزهى على أن يأخذه تمراً، ولا في زرع قد أفرك على =

يسلم فيها إلا بعد زهو الثمرة.

قال بعض الشيوخ: فلو كان يجوز السلم فيها لمن لا ملك له فيها لما شرط طيب الثمرة؛ إذ لا يشترط ذلك إلا في المعين، ولما منع من شرط أخذه تمراً ؛ إذ يوجد ذلك على صفته الجائزة، وعند الأجل لكن لما شرط هذين الشرطين وسلك بهما مسلك حائط بعينه لم يجز أن يسلم فيها إلا لمن له فيها ملك يخرج قدر المسلم فيه.

ويدل على هذا أيضاً قوله في السؤال في القرية الكبيرة التي لا ينقطع منها ما سلم فيه: وليس له في تلك القرية أرض ولا زرع ولا طعام، فخص هذه المسألة بهذه الصفة.

وإلى هذا ذهب فضل وابن أبي زمنين وابن محرز وغيرهم، وعللوا ذلك وجعلوه كمن باع سلعة غيره على التخليص.

وذهب بعض الشيوخ إلى جواز ذلك بشرط إذا كان شأن أهل تلك القرية بيع ثمارهم ووجود ما اشترى منه، وأنه غالباً لا يعدم ذلك القدر فيما يبيعونه منها، فلو كان السلم مستغرقا لثمار القرية أو لما جرت عادة أهلها ببيعها منه لم يجز، وإلى هذا نحا أبو محمد بن أبي زيد.

قال ابن محرز: ولم يختلفوا أنه لا بد من تقديم رأس المال، بخلاف الحائط المعين.

قال أبو محمد: لأنه مضمون في الذمة وهذا على أصله، وأما على قول من يراه كالحائط بعينه فيجريه والله أعلم مجراه في جواز تقديم النقد وتأخيره.

وقد نحا إليه أبو عِمرَان، ولكنه قال: تقديم النقد فيه على جهة الاحتياط، قال: وإلا فحقيقته أنه كالحائط في جميع أحواله.

وذكر عبد الحق عن بعض الشيوخ موافقته الحائط في وجهين: أحدهما أنه لا يسلم فيه إلا بعد الزهو ولا يشترط أخذه تمراً ؛ إذ قد يبيع أهل القرية الصغيرة تمرهم قبل أن يتمر، ويخالفه في وجهين: يسلم لمن لا ملك له فيها ولا يجوز له فيه تأخير رأس مال السلم، فانظر هذا مع قول الأول: إنه إذا سلم لمن لا مال له فيها جاز اشتراط أخذه تمراً؛ إذ يؤخذ ذلك على الصفة عند الأجل، وفي هذا نظر، ولو كان كما قال لم يكن بينها وبين المأمونة فرق.

وانظر حكمها إذا انقطع ثمرها قبل استيفاء ما سلم فيه؛ فقيل: تجب المحاسبة ولا يجوز البقاء إلى قابل وقيل: يجوز، قالوا: وأما إذا أجيحت فليس فيها إلا البقاء إلى عام قابل، فانظره.

فأما الحائط بعينه فلا خلاف أنه يحاسبه بما بقي له كما نص عليه في الكتاب وفي الواضحة ؛ لأن البيع قد وقع على شيء بعينه فلا خلاف أنه يحاسبه بما بقي فعدم، فلا يلزم البائع إحضار غيره ولا المشتري قبوله ولا يجوز لهما التأخير إلى قابل؛ لأنه سلم في معين قبل وجوده وطيبه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1380، ومابعدها.

أنه - أيضاً - يأخذه حباً يابساً؛ لبعد ذلك وقلة أمن الجوائح فيه[1].

قيل لمالك: فإن أسلم فيما أفرك من زرع، أو أرطب من تمر، فقال في غير المدونة: أو أزهى من تمر ويشترط أخذه تمراً، أو حباً يابساً، وفات بالقبض؟ قال: يمضي بالثمن وليس بحرام بين فأنقضه[2].

قال في غير المدونة: ولا يفسخ إن وقع[3].

قال: ويجوز السلم في حائط بعينه في جميع رطب الفواكه والتين والعنب وثمر النخل إذا طاب أول ذلك كله على صفة وأجل، وإن اشترط أخذه في يوم واحد؛ جاز، ثم إن قدمه البائع قبل الأجل؛ جاز برضا المبتاع إن كان على الصفة، ومن هذا بيعه بالجزاف، وإذا قبض بعض الثمن ثم انقطع ثمر الحائط رجع بحصة ما بقي من الثمن بالقضاء بخلاف الثمر المضمون ينقطع[4].

---

(1) انظر: المدونة: 6/ 253 و254.

(2) عياض: وقوله: (في الذي أسلم في حائط بعدما أرطب أو زرع بعدما أفرك واشترط أخذ ذلك تمرا أو حنطة، وأخذ ذلك وفات قال: ليس أخذه من الحرام البين الَّذي أفسخه إذا فات، ولكني أكره أن يعمل به، فإذا عمل به وفات فلا أرد ذلك) اختلف في تأويل الفوات هنا لاحتماله:

فذهب أبو محمد أنه القبض، وعليه اختصره، ويدل عليه قوله في السؤال: وأخذ ذلك وفات، ومثله في كتاب ابن حبيب.

وذهب غير أبي محمد إلى أن الفوات هنا بالعقد، ويدل عليه قوله في الكتاب: أكره أن يعمل به، فإذا عمل به وفات فلا أرد ذلك، وذكر الأخذ إنما جاء في السؤال، وهو المنصوص في كتاب محمد لأَشْهَب، ومثله لابن وَهْب.

زاد في كتاب محمد: وكذلك لو أسلم فيه حين أزهى واشترط قبضه تمراً، وسوى أبو محمد في الجواب على مذهَبِ الكتاب بين السؤالين، وقال: إنما يكره ذلك كله بدءاً، فإذا نزل مضى وفاته، يعني بالقبض على أصله.

وذهب ابن شَبْلون إلى التفريق بينهما على مذهَبِ الكتاب، وقال في مسألة الزهو: يفسخ بكل حال، بخلاف مسألة إذا أرطب، فهي التي تمضي بالفوات. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1384، وما بعدها.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 69و70.

(4) انظر: المدونة: 6/ 255و 256.

قال: ويأخذ بتلك الحصة ما شاء من طعام وغيره معجلاً، فإن تأخر؛ لم يجز، وكأنه اشترى من صبرة معينة فلم يجد ما سمّى فيها من الكيل.

ولو أجيح بعض ذلك الحائط؛ كان جميع حقه في بقيته؛ لأنها مكيلة معلومة، بخلاف شراء ثمرته أجمع، ومن مات من هذين المتبايعين؛ لزم البيع ورثته.

وكذلك السلم في لبن غنم معينة على الكيل، أو في جبنها، أو سمنها، أو أقطها في إبان الحلاب، أو صوفها في إبان الجزاز، وكره أشهب السلم في سمنها وأقطها[1].

قال سحنون: نحا ناحية شراء زيتون على أن على البائع عصره[2]، ولا يجوز السلم في ذلك في غير الإبان، ويشترط أخذه في الإبان على الكيل في اللبن أو على غير كيل، ولا يسلم في نسل حيوان معينة من الأنعام والدواب بصفة وإن كانت حوامل، ولا يجوز أن يسلم في شيء بعينه من كل ما ذكرنا إلى غير ربه على أن يخلصه لك.

ومن كتاب التجارة في بلد الحرب: ولا بأس أن يسلم في لبن غنم معينة على الكيل، كل قسط بكذا وكذا، كانت الغنم كثيرة، أو يسيرة كشاتين، أو شياه بعد أن يكون في إبّان لبنها، أو سمّى أقساطاً معلومة.

يريد: ما يأخذ كل يوم ويضرب أجلاً، يريد: لا ينقضي اللبن قبله.

قلت: فينقده الثمن؟ قال: نعم، إذا شرع في أخذ [(م: 180/أ)] اللبن، أو كان يشرع فيه إلى أيام يسيرة[3].

قال في موضع آخر: ولم ينقده، أو ضرب للثمن أجلاً؛ فذلك جائز[4]. فإن لم يسلم في لبنها كيلاً، ولكن ابتاع لبنها كله جزافاً شهراً، أو شهرين، أو إلى أجل لا ينقضي اللبن قبله؛ فذلك جائز فيما كثر من الغنم، كالعشرة ونحوها.

وروى أشهب أن مالكاً أجازه في شاة، وروى ابن القاسم أنه إنما يجوز في الكثير إن كان في الإبّان وعرفا وجه حلابها، وإن لم يعرفا وجه حلابها؛ لم يجز ذلك.

---

(1) انظر: المدونة: 6/257و 258.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 7/77.

(3) انظر: المدونة: 7/301.

(4) انظر: المدونة: 6/257.

ولا يجوز ذلك في القليلة في الإبان إلا على الكيل؛ إذ ليست بمأمونة، فإن زال الإبان ولم يأخذ لبناً؛ رجع بالثمن، ولا خير في بيع لبنها في غير إبانه على الجزاف جزاف، أو كيل، وإن شرط أخذه في الإبان.

يريد: ويجوز إن تأخر رأس المال إن اشترى لبنها في الإبان، أو أسلم فيه في الإبان، وإن اكترى ناقة، أو بقرة حلوباً واستثنى حلابها؛ جاز إن عرف وجهه[1].

وإن ابتاع لبن عشر شياه ثلاثة أشهر في إبانه، فماتت خمسة بعد أن حلب جميعها شهراً نُظِر، فإن كانت الميتة تحلب قسطين قسطين، والباقية قسطاً قسطاً نُظِر كم الشهر من الثلاثة في قدر نفاق اللبن ورخصه.

فإن قيل: النصف؛ فقد قبض نصف صفقته بنصف الثمن، وهلك ثلثا النصف الباقي قبل قبضه؛ فله الرجوع بحصته من الثمن، وهو ثلثا نصف الثمن، وذلك ثلث الثمن أجمع.

ولو كان موت هذه الميتة قبل أن يحتلب شيئاً؛ لرجع بثلثي جميع الثمن، وعلى هذا بحسب أن لو كانت حصة الميتة الثلث أو النصف أو ثلاثة أرباع، ولو كنت أسلمت في لبنها سلماً على كيل؛ كان سلمك فيما بقي منها بخلاف شراءك لبنها مطلقاً[2].

وقد تقدم ذكر ما يستعمل من شيء بعينه في باب ما يبتغى في السلم، وجرى في الأكرية، والإجارات من معاني هذا الباب.

في بيع الأشياء بعضها ببعض نقداً، وما يدخله من المزابنة وبيع الشيء لا يخرج منه وبيع الجزاف

ومن قول مالك: أنه لا بأس ببيع كل شيء بصنفه بعضه ببعض متفاضلاً يداً بيد عدا ما [...][3] السنة من مدخرات الأطعمة، أو من الذهب، أو الفضة، وما كره بعض العلماء من فلوس لشبهها بالعين؛ فأكره بيع فلس بفلسين يداً بيد، كما أكره فلساً بمثله،

(1) انظر: النوادر والزيادات: 7/70.

(2) انظر: المدونة: 6/300 و301.

(3) كلمة غير واضحة بالأصل، قد تكون: (خالف).

أو بالعين إلى أجل، ولا بأس بفلس بفلس نقداً[1].

ونهى الرسول ﷺ عن المزابنة[2]، ومن ذلك بيع التمر بالرطب[3]، وفي باب بيع الطعام بالطعام متفاضلاً من هذا[4].

ومن الأول، والثالث[5]: قال ابن القاسم: وكل ما يباع على جزاف، أو على كيل، أو وزن مما يجوز فيه التفاضل يداً بيد من صنف واحد مكايلة، أو مراطلة، أو معادة؛ فلا يجوز فيه جزاف بجزاف، أو جزاف بمكيل، أو بموزون أو بمعدود إلا أن يتفاضلا بأمر بين، فإن تقاربا؛ دخلته [(م: 180/ب)] المزابنة، وإن كان تراباً، أو بقلاً إلا أن يدخل ذلك صنعة.

ولا بأس بنحاس بتور نحاس نقداً، أو صوف بثوب صوف، أو كتان بثوب كتان، قال ربيعة: كان الكتان مغزولاً أم لا[6]، كحنطة بدقيق، أو سويق نقداً[7].

---

(1) انظر: المدونة: 6/ 277و 278.

(2) متفق عليه: أخرجه البخاري: 2/ 760، في باب بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام، من كتاب البيوع، برقم: (2063)، ومسلم: 3/ 1171، في باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، من كتاب البيوع، برقم: (1542)، ومالك: 2/ 624، في باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة، من كتاب البيوع، برقم: (1294)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، ولفظه: "أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة، والمزابنة: بيع الثمر بالتمر كيلاً، وبيع الكرم بالزبيب كيلاً".

(3، 4) تقدم.

(5) انظر: المدونة: 6/ 385 و386.

(6) عياض: وقول ربيعة (في الغزل بالكتان: إنه بمنزلة الحنطة بالدقيق).

قال ابن أبي زمنين: معناه أن الغزل ليس بصناعة تغير الكتان حتى يجوز سلم أحدهما في الآخر، كما أن الطحين ليس بصناعة يجوز ذلك فيها ذلك مع القمح.

قال: وقوله: (وهذا يبين ما بينهما من الفضل)؛ يعني أن الحنطة تريع فبان الفضل فيها.

وقوله: (ولذلك كره إلا مثلا بمثل)؛ يعني أي ومع ذلك كره الدقيق بالحنطة إلا مثلا بمثل؛ لخفة مؤونة الطحن؛ أي فهذا الكتان إذا غزل كانت قيمة رطله أكثر منه قبل غزله، ومع هذا فبيع بعضه ببعض لا يجوز. وزاد أبو عِمرَان ولذلك بمعنى: مع ذلك. وقيل أيضا إن قوله: وهذا يبين ما بينهما راجع إلى مسألة الحنطة بالسويق أو بالخبز أو الثياب بالغزل التي تقدمت. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1398و1399.

(7) انظر: المدونة: 6/ 281، وما بعدها.

قال في غير المدونة: وأما جلد بنعال مقطوعة، أو ثوب بظهار قلانس؛ فبخلاف ذلك.

ولا بأس بشاة ذات صوف بجزة صوف نقداً، ولا يسلم كتان في ثوب كتان؛ لأنه يخرج منه.

قال في كراء الدور: إلا أجل لا يعمل في مثله منه ثوب؛ فذلك جائز[1]، كالقصيل يسلم فيه شعير، ولا بأس بثوب كتان في كتان، أو ثوب صوف في صوف[2].

قال ربيعة: ولا بأس بكتان بغزل كتان رطل برطلين يداً بيد ولا آمر به إلى أجل.

قال يحيى بن سعيد: ولا أنهى عنه ولا أحب العمل به[3].

قال محمد: لا يجوز إلى أجل أيهما عجّلت[4].

ولا بأس بشعير نقداً بقصيل يقصله مكانه، وكذلك القرط بالبرسيم[5]، أو القصب بزريعته، وكذلك حنطة بقصيل، أو قرط أو قضب[6] للعلف ويجده مكانه ولا يؤخره، ولا بأس بتبن بشعير نقداً، ولا بأس بقصيل نقداً في شعير مؤجل، ولا خير في شعير في قصيل إلى أجل، إلا إلى أجل لا يصير الشعير فيه قصيلاً ويكون مضموناً بصفة، ولا أحب أن تأخذ من ثمر حب بعته- كان حب قصب، أو غيره- شيئاً مما ينبت من ذلك الحب.

ومن كراء الدور، وغيره: ولا بأس ببيع أرض بحنطة نقداً أو إلى أجل، أو بيع نخيل بتمر إلى أجل يثمر إليه النخيل كشاة لا لبن فيها في لبن إلى أجل يصير إليه

---

(1) انظر: المدونة: 8/203.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/57 و58.

(3) انظر: المدونة: 6/281، وما بعدها.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 6/18.

(5) عياض: والبِرْسم - بكسر الباء والسين - حب القرط وزريعته. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1472.

(6) عياض: والقَضْب بفتح القاف وسكون الضاد المعجمة: الفصفصة التي تقضم للدواب وهو القت إذا كان يابساً.
وقال الأصمعي: إذا جفت هي القضب. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1395.

فيها لبن[1].

وبيع الجزاف جائز فيما يباع على الوزن، أو الكيل خلا المسكوك من ذهب، أو فضة؛ لأن عرفَ الناس في العين الوزن والعدد، فأخذه كيلاً أو جزافاً خطر، كما أن بيع القمح وزناً خطر.

قال: والفلوس مثلهما في بلد تجري فيه، فأما ذهب أو فضة غير مسكوك نقراً، أو مصوغاً، أو آنية منهما، أو من نحاس، فالجزاف؛ جائز فيه.

قال في المختصر: ولا خير في أن تباع الدراهم المعدودة جزافاً[2].

ومن الثاني، قال مالك: ولا يباع القمح وشبهه وزناً، ولا بمكيال غير جار بين الناس، أو قد تُرك وأُقيم للناس غيره، أو بقصعة، أو بقدح، وهو خطر، ولا يسلم فيه على ذلك، فإن نزل؛ فسخ، ولا يفسخه أشهب إن نزل، ويكرهه قبل نزوله.

قال مالك: وإنما يجوز هذا بموضع لا مكيال فيه، كالأعراب وشبههم تشترى منهم العلف والتبن والخبط، فيكال بمثل القصعة، أو القدح[3].

وأجاز ابن القاسم شراء وَيْبَة[4] وحفنة بدرهم إن أراه الحفنة[5]، وأنكر ذلك سحنون[6].

---

(1) انظر: المدونة: 8/258و259.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 5/393.

(3) انظر: المدونة: 6/309 و310.

(4) عياض: والوَيْبة عشرون مداً بمصر. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1412.

(5) انظر: المدونة: 6/351 و352.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 6/77، والبيان والتحصيل، لابن رشد: 7/302.

عياض: ومسألة الشراء بقصعة وغير مكيال الناس ومنعه ؛ لذلك (وإجازته السلف في الثياب بذراع رجل بعينه، وإجازته بعد هذا شراء ويبة وحفنة) عارضها كثير بهذه، وفرق بعضهم بينهما، وأنكر سحنون مسألة الويبة.

واختلف فيما أجاز مالك من ذلك في القصعة للأعراب وحيث يعدم الكيل: ففي كتاب محمد: إنما ذلك في اليسير.

وعن أبي عمران أنه يجوز هناك في الكثير لمن احتاج إليه كجوازه في اليسير.

وكذلك اختلف فيما أجاز من مسألة الويبة: فقيل: ذلك حيث لا مكيال، كما قال في القصعة، =

ولا بأس أن يسلم تبراً، أو نقراً من فضة، أو ذهب جزافاً لا يعلمان وزنهما في سلعة(1)، ولا يجوز أن يسلم فيها دراهم، أو دنانير جزافاً، عرفا عددهما أم لا؛ إذا لم يعرفا وزنها، يريد: ببلد لا يجوز فيه عدداً، وإذا أسلم إليه دراهم يعرفان وزنها مع دنانير لا يعرفان وزنها؛ لم يجز لا حصة الدراهم ولا غير ذلك؛ ويفسخ ويرد البائع الثمن، وهو مصدق في وزن ما قبض مع يمينه إن اختلفا فيه، [(م: 181/أ)] فإن نكل؛ حلف المبتاع وأخذ ما ادعى.

ومن الأول، والثالث: ولا تباع الفلوس وزناً ولا كيلاً ولا جزافاً بعرض، ولا =

وقال محمد. وقيل: هو جائز كالذراع.
واختلف إذا كثرت الويبات والحفنات؛ فأكثرهم على منعها، ونص سحنون على ذلك وجعله أصلا في منع القليل.
قال أبو عِمرَان: وعلى ظاهر كتاب محمد جوازه، وكذلك إذا كانت بحيث لا مكيال.
وقوله فيها: إذا أراه الحفنة، يدل على اشتراطه رؤية ذلك، زاد في غير المدونة: فإن من الناس من تتسع حفنته، وظاهر كتاب محمد يجوز وإن لم ير الذراع.
ومشهور المذهب والكتاب أن السلم الحال لا يجوز، وحكى القاضي أبو محمد قولاً في جوازه.
وخرجه بعض المتأخرين من الكتاب من كتاب المرابحة، وسننبه عليها في موضعها إن شاء الله. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1415، وما بعدها.

(1) عياض: وقوله: (وقد يباع التبر المكسور من الذهب والفضة والآنية من الذهب والفضة)، استدل بها بعض القرويين على جواز بيعها، واستدل آخرون على جواز اقتنائها، نحو ما استدل به أيضاً من كتاب الصرف.
وغيره يقول: هو لفظ رمي به وجاء على غير تحصيل وقصد، وجوابه عن أصل المسألة لا يعين الآنية، ولو سئل عنه مجرداً لمنعه فلا دليل فيه، وقد استعذر عنه بعضهم بشرائه لغرض صحيح من فداء أسرى به أو ليكسره ويضربه دراهم لا ليقتنيه، وقد رفع الإشكال في الصرف بقوله: (وكان يكرهها وإن كان ما فيها تبعا ولا أرى أن تشترى).
ولا خلاف في تحريم استعمال ما يؤكل ويشرب فيه منها ولا في منع استعمال غيرها من الأواني كالمحابر والمرايا والمكاحل.
واختلف في اقتنائه لغير الاستعمال ؛ فمنعها أكثر أصحابنا، وأطلق ابن الجلاب عليها التحريم، ورخص في ذلك بعضهم واستدل بعضهم بها هنا وشبهه على ذلك، وقد تكلمنا عليها في كتاب الصرف. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1417و1418.

بفلوس نقداً ولا إلى أجل؛ لأن شأنها العدد، ولا يجوز تبادل فلوس على كيل، أو وزن، أو جزاف على تفاضل، أو تساو نقداً، أو إلى أجل، ولا رطل فلوس برطلين من نحاس، ولا يباع بها شيء إلا عدداً، وإلا فهو خطر[1].

وأجاز يحيى بن سعيد بيع رطل نحاس برطلين من فلوس يداً بيد[2].

وإذا علم أحد المتبايعين في الجزاف كيل الصبرة، أو وزن القفزة؛ لم ينبغ أن يتبايعا ذلك حتى يعلماه جميعاً، يريد: وإلا كان من لم يعلم مخيراً إذا علم، إلا في الصرف.

ولا بأس ببيع كل طعام جزافاً، وكذلك كل ما يباع من العروض والطعام على وزن أو كيل.

ومن كتاب بيع الغرر: ولا بأس بشراء زيت، أو سمن، أو عسل كل رطل بكذا، على أن يوزن الظروف، ثم يطرح وزنها إذا فرغت.

قال مالك: ولو ابتاعه على الكيل على أن يوزن بظروف ثم إذا فرغت وزنت وطرح وزنها، ثم يحسب باقي الوزن أقساطاً على ما عرف من وزن القسط، فإن كان وزن كل قسط عندهم معروفاً لا يختلف؛ فذلك جائز[3].

وتمامها في باب اختلاف المتبايعين[4].

ومن البيوع الفاسدة، قال أشهب: أرى البيع في الزيت كيلاً، إلا أن يعرف كم الرطل من القسط؛ فيجوز وزناً[5].

ولا بأس بشراء المكيل المصبر؛ كل قفيز بكذا، وكل رطل مما يوزن بكذا.

ومن الاستحقاق: ولا يجوز بيع صبرة قمح وصبرة شعير معاً على أن كل قفيز منهما بدرهم[6].

---

(1) انظر: المدونة: 6/278، وما بعدها.

(2) انظر: المدونة: 6/281.

(3) انظر: المدونة: 7/178.

(4) انظر: المدونة: 7/121 و122.

(5) انظر: المدونة: 7/77.

(6) انظر: المدونة: 9/384.

ومن غير المدونة: ولا يجوز صبرة وقفيز من الأخرى بكذا، ولا يجوز جزاف في الرقيق والحيوان والثياب والخشب وعظيم الحيتان، فأما صغير ذلك مما يكلف عدده؛ فجائز، ولا يباع الأترنج ونحوه من المعدود جزافاً إلا أن يعمَّ جداً[1].

جامع الأقضية

في البيوع وفي هلاك ما بيع على وزن أو كيل أو جزاف قبل قبضه وهلاك الثمن ومن وجد نقصاً في كيل أو وزن أو رداءة في عين بعدما قبض

ومن الثالث قال أبو محمد: وقال مالك: ومن القضاء في البيوع: أنك إن أسلمت في طعام، أو حيوان، أو عرض على أن تأخذه ببلد آخر؛ فليس لك أخذه بغيره وإن حلَّ[2] أجله، ولا لك أخذ ذلك بالبلد قبل الأجل.

وإن حلَّ الأجل وأنتما بغيره؛ أُجْبر غريمك على أن يخرج، أو يوكل لقضاء ذلك بالبلد المشترط ذلك فيه.

وكذلك إن بقي من الأجل مقدار مسافة البلد؛ أجبر على الخروج أو الوكالة، فأما إن كان دينك دنانير، أو دراهم قد حلّت؛ فأينما لقيته أخذته بنقد البلد الذي تبايعتما فيه، أو أقرضته فيه، إلا أن يشترط في البيع خاصة نقداً سواه، وإن عجّله لك حيث كنت؛ أجبرت [(م: 181/ب)] على قبضه.

فأما العروض والطعام والحيوان، فإن كان من بيع فعجّله لك بالبلد قبل الأجل، أو بغيره بعد الأجل؛ لم يُجبر على أخذه، كان مما لا مؤنة في حمله من لؤلؤ، أو قليل مسك أو غير ذلك؛ لرجاء اختلاف سعر البلدين، أو الوقتين.

ولو كان من قرض؛ أجبرت على أخذه إن عجّله بالبلد الذي أقرضته فيه، وإن لم يحل الأجل، ولا يجبر بغيره وإن حلَّ، ولك منع غريمك من بعيد السفر، ولا يمنع من

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/75 و76.

(2) في الأصل: أحل.

قريبه الذي يؤوب منه قبل محل دينك[1].

ومن الثاني: وإن أسلمت إليه دراهم في طعام، أو غيره ثم أقالك قبل التفرق، ودراهمك بيده، فأراد أن يعطيك غيرها؛ فذلك له، وإن كرهت شرطت استرجاعها بعينها أم لا. يريد: وكذلك البيع[2].

ومن غير المدونة: أن ابن القاسم رجع، وقال: له أخذها ولو كان رأس المال عرضاً يوزن، أو يكال، أو يعد، أو طعاماً أسلمته في عرض؛ لم يكن له أن يعطيك إلا ذلك بعينه؛ لأن ذلك يباع لعينه والدراهم لا تراد لعينها[3].

ومن الأول: ومن الاستحقاق: وإذا أسلمت شيئاً سوى العين، أو بعته فاستحق؛ انتقض البيع والسلم، وإن كان الثمن عيناً فاستحق، أو وجدت فيه زائفاً، أو نحاساً؛ رجعت في الاستحقاق بمثله، وفي الرديء [...][4] ويتم البيع ولو كان صرف دينار صرفته انتقض الصرف[5].

قال أشهب: إن استحقت الدراهم مكانه؛ لم ينتقض الصرف إلا أن تصرفه منه دراهم معينة، وإن استحق ما أسلمت فيه ونقض؛ رجعت بالمثل فيه[6].

ومسألة الشراء، أو الكراء بدراهم معينة في الأكرية[7].

ومن الأول، والثالث، وغيره: وإن ابتعت منه حديداً، أو عرضاً غيره بعينه في بيته بعرض مثله عندك؛ لزم البيع، وإن افترقتما قبل التقابض.

ثم إن هلك العرضان، أو أحدهما؛ انتقض البيع، ولو قبض أحدهما شيئاً رده.

ومن هذا في باب ضمان ما هلك بعد الصفقة بعد هذا.

---

(1) انظر: المدونة: 6/397، وما بعدها.

(2) انظر: المدونة: 6/359.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/113.

(4) كلمة في الأصل غير واضحة وهي أقرب إلى: ببدله.

(5) انظر: المدونة: 6/296 و9/392، وما بعدها.

(6) انظر: المدونة: 6/195.

(7) انظر: المدونة: 8/133، وما بعدها.

وإن أسلمت إليه حيواناً، أو دواب في سلعة فقتلها رجل بيدك؛ فللمسلم إليه طلب الجاني والسلم بحاله؛ إذ ضمانها منه.

وكذلك إن كانت أرضاً، أو داراً فعدا فيها رجل بهدم البناء، أو احتفار أو غيره، فإن كان عرضاً يغاب عليه، فإن تركه بيدك وديعة بعد أن دفعته إليه؛ فهو منه ويتبع الجاني، وإن لم تدفعه إليه حتى أحرقه رجل، فإن قامت بذلك بينة؛ فهو منه وله اتباع الجاني والسلم ثابت.

وإن لم تكن بينة؛ كان منك وانتقض السلم[1]. يعني ويحلف.

وإن ابتعت صبرة طعام جزافاً فهلكت بعد العقدة؛ فهي منك.

قال محمد: وهي مثل ما لا يغاب عليه، وكذلك ما صدقته في كيله، فإن هلكت الصبرة بتعدي أحد؛ اتبعته بقيمتها؛ كان بائعك، أو غيره.

ولو ابتعتها كلها على الكيل، كل قفيز بكذا فهلكت قبل الكيل بأمر من الله؛ كانت من البائع وانتقض البيع.

وإن هلكت بتعدي البائع، أو أفاتها ببيع؛ فعليه أن يأتي بمثلها تحرياً يوفيكها على الكيل، ولا خيار لك في أخذ ثمنك، أو الطعام.

---

(1) عياض: وقوله: (إذا هلكت السلعة يعني رأس المال قبل أن يقبضها المسلم إليه انتقض السلم إذا كان لا يعرف ذلك إلا بقوله، وقد قال ابن القاسم: إذا لم يعرف إلا بقوله فالسلم منتقض).

قال أبو محمد بن أبي زيد: يريد: ويحلف، كذا هو هذا لابن القاسم في المدونة.

قال ابن وضاح: ولم يقرأه لنا سحنون في العرضة الأولى، وقرأناه في الثانية.

ووقع في أصل الأسدية: قال ابن القاسم: إذا لم تقم بينة، فالذي عليه السلم بالخيار إن أحب نقض السلم، وإن أحب كان السلم بحاله، وغرم صاحبه قيمة الثوب.

ثم قال: وقد قال أيضا إذا لم يعرف هلاكه إلا بقوله السلم منتقض.

قال ابن لبابة: وكذا تصح المسألة، وعلى ما في المدونة فالقولان سواء.

قال: وهو من غلط سحنون.

وقوله: (وإن لم يدفعه إليه حتى أحرقه رجل؟قال: إن كان بعد أن دفعه إلى الذي عليه السلم ثم رده إليه وديعة فالضمان منه، فإن كان لم يدفعه حتى هلك فهو من ربه).

قال بعض الشيوخ: قوله قبضه ثم رده شديد إلا أن يريد بذلك قوله: خذه وأنزل هذا منزلة الدفع. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1400، ومابعدها.

ولو استهلكها أجنبي؛ أغرمناه [(م: 182/أ)] للبائع قيمتها عيناً؛ إذ لا يعلم كيلها، ثم ابتعنا بالقيمة طعاماً مثله(1)، وأوفيناكه على الكيل، وليس ببيع طعام قبل قبضه؛ لأن التعدي على البائع وقع، وأما التعدي بعد الكيل فمنك.

ومن ابتاع عشرة أقفزة من صبرة، فهلك بعضها قبل الكيل الكيل؛ كان جميع حقه في بقيتها.

وكذلك من أسلم في كيل من لبن غنم معينة، أو أسلم في ثمر حائط بعينه فأجيح بعضه بخلاف مبتاع جميع ثمرته(2).

ومن البيوع الفاسدة: وإن ابتعت صبرة على أن فيها مائة إردب بثمن نقدته؛ جاز، وكأنك ابتعت مائة من تلك الصبرة، فإن نقصت عنها يسيراً، أو وجدت أكثر المائة؛ لزمك ما أصبت بحصته من الثمن، فإن نقصت كثيراً؛ فأنت مخير في أخذ ما أصابت بحصته من الثمن، أو رده.

وإن أمرته أن يكيلها لك فزعم أنه قد فعل وأنها ضاعت، فإن صدقته في الكيل، أو قامت به بينة؛ صدق في الضَّياع، وإن لم تصدقه في الكيل، أو قلت له: قد أكلتها ولكنك

---

(1) عياض: ومسألة الصبرة تشترى على الكيل فيتعدى عليها أجنبي، قال: للبائع القيمة على المستهلك، وأرى أن يشترى بالقيمة طعاما للبائع.
كذا روينا هذا الحرف. وفي بعض النسخ: يشتري بالقيمة طعاماً للبائع.
وكذا جاء بعد هذا في اللفظ الآخر عند تكرير المسألة، وهو قوله: (فلما لم يعرف كيلها وأخذ مكان الطعام القيمة اشترى له طعاما بتلك القيمة)؛ يعني البائع.
وفي بعض النسخ: اشتُري على ما لم يسم فاعله موافقا لأول المسألة على روايتنا، وعلى هذا اللفظ اختصرها أبو محمد.
ورأى من ذهب أن البائع يشتري ذلك أنه لا يلزم المتعدي أكثر... من القيمة.
وذهب بعضهم إلى أن الشراء إنما هو على المتعدي، وينقله إلى موضع تعدي عليه ثم يكيله البائع على المشتري، قال: (والظالم أحق بالحمل عليه)، وأن البائع لا يلزمه الشراء إذا لم يتعد.
وقال ابن أبي زمنين: لم يبين في المسألة من الذي يشتري الطعام، ولفظ الكتاب يدل أنه البائع.
قال: ويدل عليه قول أَشْهَب في غير الكتاب: إن البيع ينفسخ. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1466، وما بعدها.
(2) انظر: المدونة: 6/256و 257.

إنما وجدت فيها عشرين، أو ثلاثين ولم تقم له بينة؛ لم يلزمك شيء ولا ما أقررت به من هذه التسمية؛ لأنك كنت مخيراً لكثرة النقص في الرضا بما أصابت، أو تركه فهلك قبل أن يلزمك[1].

ومن الثاني، وغيره: وإن ابتعت منه صبرة على كيل، وصدقته في كيلها؛ فذلك جائز بنقد، ولا ينبغي إلى أجل، ولا أن يقرضكها قرضاً، وإن قبضت منه طعاماً على تصديقه في الكيل؛ من بيع، أو سلم، أو دنانير في صرة، وصدقته أنها مائة؛ فذلك جائز، يعني: إلا في الصرف، أو تبادل الطعامين بصنفه، أو بغير صنفه، قاله مالك وسحنون.

قال ابن القاسم: وليس لك رجوع عما تدعي من نقص، إلا بمحضر بينة لم تفارقك من حين قبضت حتى وجدت النقص في عدد، أو كيل.

وإن وجدت بمحضرهم في الطعام نقصاً، أو زيادة، كنقص الكيل، أو زيادته؛ فذلك لك وعليك، وإن زاد على المتعارف؛ رجع البائع بما زاد ورجعت عليه بما نقص طعاماً، إن كان عليه مضموناً، وإن كان بعينه؛ فبحصة النقصان من الثمن، وإن لم يكن بينة؛ حلف البائع؛ لقد كان فيه كذا، ولقد بعته على ما كان فيه من الكيل الذي يذكر، وإن بعث به إليه رجل؛ فليقل في يمينه: لقد بعتك على ما قد كتبت إليَّ، أو قيل لي الكيل، فإن نكل؛ حلفت أنت ورجعت بما ذكرنا، فإن نكلت؛ فلا شيء لك[2].

وكذلك ما قبضته على بيع البرنامج، أو دنانير من دين صدقته في وزنها، وكذلك إن وجدت دراهم ردية في صرف، أو بيع؛ أحلفته أنه دفع جياداً في علمه، إلا أن يكون دفعها إليك في البيع لربها؛ فأنت مصدق، فتحلف ولك البدل، وجرى هذا المعنى في الوكالات[3]، والبرنامج[4]، وفي الأكرية[5]، وفي هلاك السلع الغائبة والحاضرة بعد الصفقة، وجرى في التدليس، والقسم مسائل في استحقاق بعض الصفقة ونقصان

---

(1) انظر: المدونة: 7/79، وما بعدها.
(2) انظر: المدونة: 6/388 و389.
(3) انظر: المدونة: 7/214.
(4) انظر: المدونة: 7/157، وما بعدها.
(5) انظر: المدونة: 8/203.

الصبرة عن ما اشترى من الكيل المسمى [(م: 182/ب)].

القضاء في اختلاف المتبايعين، وجامع التداعي في البيوع، وذكر ما يلزم من التساوم فيه

ورويَ أن الرسول ﷺ قال: «**إذا اختلف المتبايعان استحلف البائع**»(1)، وفي حديث آخر: «**فالقول قول البائع أو يترادان**»(2)، فاحتمل ذلك فيما لم يفت؛ لأن ما فات بيد المبتاع لا سبيل إلى رده.

وقوله: «يترادان» إشارة إلى رد الأعيان، فإذا ذهبت العين، أو تغيرت؛ خرج من ظاهر الحديث،- والله أعلم-، وصار المبتاع مقراً بثمن يدعى عليه أكثر منه، فدخل في باب الحديث الآخر: «**أن اليمين على المدعى عليه**»(3).

وقد اختلف في ذلك، فقال ابن القاسم في كتاب المكاتب: إن أول قول مالك: أن المبتاع إن قبض السلعة مصدق، -يريد: مع يمينه- وإن لم تفت(4).

ورواه عنه ابن وهب.

وقال أشهب: إنهما يترادان يتحالفان ويترادان وإن فاتت بيد المبتاع(5).

---

(1) صحيح لغيره: أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: 5/333، في باب اختلاف المتبايعين، من كتاب البيوع، برقم: (10591)، والدارقطني في سننه: 3/18، في كتاب البيوع، برقم: (60).

(2) صحيح: أخرجه أبوداود: 2/307، في باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم، من كتاب الإجارة، برقم: (3511)، والحاكم في المستدرك: 2/55، من كتاب البيوع، برقم: (2304)، والبيهقي في سننه: 5/333، في باب اختلاف المتبايعين، من كتاب البيوع، برقم: (10591)، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح ؛ إن كان سعيد بن سالم حفظ في إسناده عبد الملك بن عبيد.

(3) متفق عليه: أخرجه البخاري: 4/1656، في باب تفسير سورة آل عمران، من كتاب التفسير في صحيحه، برقم: (4277)، ومسلم: 3/1336، في باب اليمين على المدعى عليه، من كتاب الأقضية، برقم: (1711).

(4) انظر: المدونة: 5/421.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 6/408و 409.

عياض: وقوله (في مشتري السلعة على النقد فينقلب بها ثم يختلفان في الثمن: إنهما يتحالفان =

ومن كتاب تضمين الصناع:

قال ابن القاسم: وإن اختلف المتبايعان في قلة الثمن وكثرته، - والسلعة بيد المبتاع لم تفت[1]، ولم تتغير في بدن، أو سوق، أو لم يكن قبضها المبتاع -؛ أحلف البائع أولاً أنه ما باع إلا بكذا، فإن حلف؛ خُيِّر المبتاع في أخذها بذلك، أو يحلف ما ابتاع إلا بكذا، ثم يرد إلا أن يرضى قبل الفسخ بأخذها بما قال البائع[2].

قال سحنون: بل بتمام التحالف ينفسخ البيع[3].

ومن كتاب بيع الخيار:

وروى سحنون أن شريحاً قال في اختلاف المتبايعين، ولا بينة بينهما: أنهما إن حلفا؛ تراداه، وإن نكلا؛ ترادا وإن حلف أحدهما ونكل الآخر؛ ترك البيع[4].

يريد: على قول الحالف.

ويتفاسخان ما لم تفت).

وذكر عن ابن وَهْب عنه هنا أن القبض يوجب كون القول للمشتري، وقال في كتاب المكاتب: (إذا قبضها وبان بها).

وقال أَشْهَب: يتحالفان وإن فاتت.

ذهب بعض شيوخنا أن روايته في كتاب المكاتب بزيادة: بان بها، قول آخر غير مراعاة مجرد القبض.

وانظر إذا اختلفا في الثمن قبل قبض المشتري لها وقد حالت أسواقها بيد البائع ما الحكم ؟ وقد قال ابن محرز في مسألة الجارية المختلف في ثمنها: لو أصابها عيب بعد التحالف وهي بيد المشتري لوجب أن يكون ضامناً، إلا أنه ينظر فيما يضمن؛ هل جميعها أو ما أصيب منها كما قال ابن عبدوس؟. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1422 و1423.

(1) عياض: وقوله في اختلاف الآمر والمأمور في ثمن السلعة: (القول قول الآمر إن لم تفت).

قال ابن القاسم في تفسير يحيى: الفوات هنا ذهاب العين، ولا يفيتها نقص ولا زيادة ولا عتق ولا غيره، ومثله في الوكالات.

وقال في سماع عيسى: هو اختلاف الأسواق. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1443.

(2) انظر: المدونة: 15/8.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 408/6.

(4) انظر: المدونة: 122/7، وليست الرواية عن سحنون، وإنما عن ابن سيرين.

وقال ابن حبيب: إذا حلفا؛ فسخ، وإن نكلا؛ كان القول قول البائع، وذكره عن مالك، وقال ابن القاسم في كتاب محمد مثل قول شريح.

قال ابن القاسم: فإن قبضها ثم فاتت بيده بنماء، أو بنقص، أو بتغير سوق، أو بيع، أو كتابة، أو عتق، أو هبة، أو هلاك، أو تقطيع في الثياب؛ فالقول قول المبتاع مع يمينه فيما يشبه؛ لأنه غارم(1).

قال في الشفعة: ولو كانت داراً فبنى فيها بيوتاً، أو باعها، أو وهبها، أو طال الزمان، أو تغيرت المساكن؛ فذلك فوت والقول قوله(2).

قال في كتاب تضمين الصناع: وإن مات المتبايعان، أو أحدهما؛ فورثتهما بمنزلتهما في الفوت وغيره، وإن تجاهل ورثتهما الثمن؛ تحالفا، ويبدى هاهنا بورثة المبتاع؛ فيحلفون، ثم يحلف ورثة البائع ثم يرد، وإن فاتت بما ذكرنا؛ لزمت ورثة المبتاع بقيمتها في ماله، وإن ادعى علم الثمن ورثة أحدهما؛ حلفوا فيما يشبه وصدقوا، يريد: والآخرون لم يدعوا معرفة، ولو ادعوا المعرفة وهي قائمة؛ تحالفا وبدئ بورثة البائع في اليمين(3).

ومن القسم: ومن باع عشرة أثواب من رجل فقبضها، ثم قال البائع: لم أبع إلا تسعة وغلطت بالعاشر، وقال المبتاع: بل اشتريت العشرة، - والثياب قائمة -؛ إن البيع ينقض فيها [(م: 183/أ)] بعد أيمانهما(4).

في كتاب الصناع: وإن اختلف المتبايعان فيما باع به السلعة من نقد، أو مؤجل في صنفين، فقال هذا: بحنطة، وقال هذا: بشعير، أو عرض؛ تحالفا فاتت بيد المبتاع، أو لم تفت، وترد قيمتها في الفوت.

وإن اتفقا في الثمن واختلفا في الأجل، فقال البائع: إلى شهر، وقال المبتاع: إلى شهرين؛ تحالفا وردت إن لم تفت، وإن فاتت؛ صدق المبتاع مع يمينه، ولو قال البائع:

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/408.

(2) انظر: المدونة: 9/419 و420.

(3) انظر: المدونة: 8/15و 16.

(4) انظر: المدونة: 10/31.

لغير أجل، فإن لم تفت؛ حلفا وردت، وإن فاتت بيد المبتاع؛ فهو المدعي للأجل، والأولى أقر له البائع بأجل وادعى حلوله[1].

ومن رواية غير يحيى، وقال- أيضاً-: إن فاتت بيد المبتاع باختلاف سوق أو غيره؛ فالقول قوله.

وروى ابن وهب فيها، وفي الأولى: أن المبتاع مصدق إن قبضها مع يمينه وإن لم تفت، وكذلك اختلافهما في قلة الثمن وكثرته[2].

وقال ابن القاسم في كتاب الوكالات: إن ادعى أجلاً يضرب[3]؛ لا يتهم فيه؛ حلف وصدق، وإلا فالقول: قول البائع الإ أن يكون للسلعة أمر[4] معروف تباع عليه، فالقول: قول مدعيه منهما[5]، ....

---

(1) انظر: المدونة: 8/17 و18.

(2) انظر: المدونة: 8/17و 18.

(3) في تهذيب البراذعي: (يقرب).

(4) في تهذيب البراذعي: (أمد).

(5) عياض: وقوله: (إذا قال الذي له السلم: ضربنا له أجل شهرين، وقال الآخر: لم نضرب أجلا، القول قول مدعي الصحة).

أشار بعضهم إلى أن هذا على مراعاة الأشبه قبل الفوت حتى لو كان العرف في البلد الفساد كان القول قول مدعيه.

قال: وعلى أصله في الكتاب يتحالفان ويتفاسخان.

وذهب بعضهم إلى أن معنى ما في الكتاب أن الأجل حل، وهو من نحو قول الأول.

وتأمل هذه المسألة في الكتاب فليس في الاختلاف فيها ما يؤول إلى الاختلاف في رأس المال ولا في المبيع ولا فيما يعود بما يجر منفعة؛ كما لو قال أحدهما: لم أر السلعة أو قال: بعنا وقت صلاة... الجمعة، وإذا كان هذا لم تكن معارضة لما وقع له في كتاب ابن سحنون إذا قال البائع: بعت بخمر، والآخر بدنانير: إنهما يتحالفان ويتفاسخان ؛ وذلك أن هذا يؤول إلى الاختلاف في الثمن.

وإلى التفريق بين البابين نحا الشيخ أبو محمد وغيره من شيوخ القرويين... لما ذكرناه.

وحمله بعضهم على الخلاف، وأن مذهب الكتاب حلف مدعي الصحة أبدا.

وقال العتبي: إنما يكون القول قول مدعي الصحة إذا لم يكن على أصل معاملتهما بينة، فإن كانت على ظاهر صحيح سقطت اليمين.

قال فضل: إلا أن يقول مدعي الحرام كنا أشهدنا على الحلال وتعاملنا في السر على الحرام، فإن كان

وأما في القرض، فالقول: قول المقرض[1].

قال محمد: صاحب الحق بخلاف البيع.

قال ابن القاسم في كتاب الرهن:

قال مالك: إن ادعى المبتاع ما لا ينكر من الأجل، وقد فاتت عنده؛ صدق، وأنا أرى: ألا يصدق، وأرى الثمن حالاً، كما ادعى البائع[2].

ومن كتاب تضمين الصناع: وإن تصادقا أن الأجل شهر، فادعى البائع حلوله وأنكر المبتاع: حلف المبتاع وصدق، وكذلك الأجير، ورب الدار يدعي مضي السنة وينكر صاحبه[3].

ومن كتاب السلم الثاني: ومن أسلم في سلعة إلى أجل، فادعى حلوله، وقال البائع: لم يحل؛ فالقول قول البائع فيما يشبه، فإن لم يأت بما يشبه؛ صدق المبتاع فيما لا يشبه.

وقاله مالك فيمن ابتاع سلعة، وفاتت عنده، وادعى الثمن إلى أجل كذا، وقال البائع: إلى أجل دونه، فالقول قول المبتاع، إلا أن يأتي بما يشبه؛ فيصدق البائع، وإن اختلفا في دفع الثمن في الربع، والحيوان والرقيق والعروض والطعام وقد قبضه المبتاع؛ فالبائع مصدق مع يمينه، إلا أن تقوم بينة؛ إلا في مثل ما يبتاع على النقد، كالصرف.

وما بيع في الأسواق من اللحم والفواكه والخضر والحنطة والزيت ونحوه، وقد انقلب به المبتاع؛ فالقول قوله أنه دفع الثمن مع يمينه[4]، واختلف فيه إن لم يفارقه وإذا

ممن يتهم بمثل ذلك يعني الآخر أحلف وإلا لم يحلف. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1427 و1428.

(1) انظر: المدونة: 7/227 و228، وتهذيب البراذعي: 3/223.

(2) انظر: المدونة: 9/259.

(3) انظر: المدونة: 8/18.

(4) عياض: وقوله: (أرأيت ما اشتريت وانقلبت به من جميع السلع فبنت به وزعمت أني دفعت الثمن وأنكرني البائع؟ قال: قال مالك: أما ما يتبايعه الناس على الانتقاد شبه الصرف كالحنطة والزيت) إلى آخر المسألة؛ فذلك مثل الصرف، القول فيه قول المشتري.

وما كان مثل الدور والأرضين والبز والرقيق والعروض فالقول قول البائع وإن قبضه المبتاع، ولا

أسلم إليه في طعام، ثم اختلفا عند الأجل في كثرة عدد، أو كيل[1]، أو وزن، أو صفة واتفقا في الجنس والاسم؛ أنه طعام كذا، أو حيوان كذا، أو عرض من جنس كذا.

قال مالك: فالقول قول الذي عليه الحق مع يمينه إن ادعى ما يشبه، فإن ادعى ما لا يشبه؛ فالقول قول الآخر فيما يشبه[2].

قال محمد: قال ابن القاسم: فإن أتيا بما لا يشبه؛ حُملا على علم الناس، ولو كان بقرب تبايعهما تحالفا وتفاسخا[3].

فإن اختلفا في النوع، فقال هذا: حنطة، وقال: شعير، [(م: 183/ب)] أو فرس، وهذا: حمار؛ تحالفا وتفاسخا[4]، وإن بعد محل الأجل، وإن كان رأس المال عرضاً =

يخرجه من أداء الثمن قبضه وبينوته به، فتأمل اشتراط الانقلاب والبينونة في المسألة، وتأمل قوله مما يتبايعه الناس على الانتقاد ورد الأمر فيه إلى العرف.

ولا خلاف فيما يباع على النقد في هذا الفصل إذا بان به. فإن كان لم ينقلب ولم يبن به فروى أَشْهَب عن مالك أن القول قول رب الطعام. وقال ابن القاسم عنه: القول قول المبتاع.

قال ابن القاسم: وذلك إذا كانت عادة الناس في ذلك الشيء أخذ ثمنه قبل قبضه أو معه، فظاهر هذا أنه سواء كان بيد البائع أو المبتاع ما لم يبن به، وعلى هذا حمل الاختلاف في المسألة أبو القاسم بن محرز، وحمل ذلك غيره على كونه بيد المبتاع.

وأكثر الرواية عن أَشْهَب وابن القاسم أنه إذا لم يبن به وقبضه.

قال ابن محرز: فقد نبه ابن القاسم أن المعنى الذي يعتمد عليه العادة؛ فمن ادعاها فالقول قوله. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1425.

(1) عياض: وقوله في اختلاف المتبايعين في أول مسألة: (إذا اتفقا في الطعام واتفقا أن السلم في حنطة مضمونة)، ثم ذكر اختلافهما في الكيل، كذا عندي وفي أكثر النسخ.

وفي بعضها: قال: إذا اختلفا في الكيل واتفقا أن السلم في حنطة وذكر المسألة، وهما وإن كانا بمعنى لذكره الاختلاف في الكيل فيهما، فهذه الرواية أحسن في سياق المسألة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1421.

(2) انظر: المدونة: 6/316، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 3/43 و44.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/408 و409.

(4) عياض: وقوله بعد هذا: إذا اختلفا في الجنس فقال أحدهما: في قمح وقال الآخر: في شعير أو قطنية، واختلفت الأنواع؛ تحالفا وترادا، وجعل عبد الملك القمح والشعير مما لا يتحالفان في الاختلاف فيه بعد الفوات.

=

فاختلفا في كثرة كيل الطعام وقلته[1] بقرب مبايعتها أو بعد وقت؛ لم تحل فيه أسواق العرض ولا تغير تحالفا وتفاسخا، فإن تغير أوحل سوقه؛ فالقول قول من عليه السلم.

واختلافهما في مبلغ الكيل بعد الأجل في السلم ورأس المال، عين، أو كانت سلعة تتغير في سوق، أو بدن إلى مثل هذا الأجل، كاختلافهما في قلة ثمن السلعة وكثرته بعد فواتها عند المبتاع؛ أنه مصدق مع يمينه فيما عليه فيما يشبه.

قال ابن القاسم في مبتاع السلعة: فإن تبين كذبه؛ يحلف البائع إن ادعى ما يشبه، فإن لم يأت بما يشبه؛ فعلى مبتاع السلعة قيمتها يوم الصفقة.

واختلافهما في السلم في الجنسين؛ كقول البائع في بيع التناقد: بعت الأمة بحنطة، وقال المبتاع: بشعير؛ فإنهما يتحالفان ويترادان إن لم تفت، فإن فاتت عند المبتاع؛ أدى القيمة ولا أقبل قولك في اختلافهما في الصنف وإن فاتت.

وإذا قال: أسلمت إليك هذا الثوب في مائة إردب حنطة، وقال الآخر: بل هذين الثوبين لثوبين سواه في مائة إردب، فإن أقاما بينة؛ لزمه أخذ الثلاثة الأثواب في مائتي إردب؛ لأنهما صفقتان[2]، ولو قال المسلم إليه: أسلمت إليّ هذا الثوب الذي ذكرت مع

وحكى ابن حبيب ذلك في السمراء والبيضاء، ورأيا أن الاختلاف في النوع والصفة ليس باختلاف في الجنس، ثم قال في الكتاب: (وأما إذا اختلفا في الكيل بعد الأجل فالقول قول من يشبه، وليس اختلافهما في الكيل إذا تصادقا في النوع كاختلافهم في الأنواع).

قيل: مراده بهذا أن اختلافهم في الكيل إذا جاء كل واحد منهما بما لا يشبه كان التحالف والتفاسخ لتشبيهه إياها بمسألة الجارية بعدها وردها إلى القيمة؛ إذ القيمة فيها كالتحالف والتفاسخ والرجوع لرأس المال، وقد نبه ابن أبي زمنين وغيره على هذا وقال: تدبره فإنه خفيَ. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1424 و1425.

(1) عياض: واختلف هل حكم القليل والكثير من الطعام وشبهه سواء؟

وهو قول يحيى عن ابن القاسم، وذكره ابن أبي زمنين وابن لبابة.

قال ابن القاسم: وسواء كثر للحكر أو قل للحاجة أو يختلف، وإنما هذا في القليل، وهو قول يحيى بن عمر وهو الصحيح. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1427.

(2) عياض: ومسألة القائل: (أسلمت هذا الثوب في مائة إردب حنطة)، وقال الآخر: (بل هذين الثوبين

هذا العبد فيها سميت، وأقاما البينة؛ فهذا سلم واحد، إلا أني أقضي بالبينة الزائدة؛ فيأخذ الثوب والعبد وتلزمه المائة، كشاهد له على خمسين وآخر على مائة؛ فإن شاء حلف وأخذ المائة.

يريد: ولم تقل البينتان كان وقتاً واحداً، أو لفظاً واحداً، أو وقتاً بعد وقت.

ولو قال: أسلمت إليّ الثوب مع العبد في مائة إردب شعير، وكذلك قالت بينته قضت[1] بأعدل البينتين، فإن تكافئتا؛ تحالفا وتفاسخا؛ لاختلافهما في الجنس. يريد: ولم تقل البينتان: كان وقتاً واحداً، أو لفظاً واحداً[2].

وإن تشاحّا في موضع يقبضه فيه الطعام، أو غيره من البلد؛ فليقبضه في سوق تلك السلعة، فإن لم يكن لها سوق معروف؛ فحيث ما أوفاه من المدينة برئ[3].

سحنون: يوفيه بداره كان لها سوق أو لم يكن[4].

وإن ادعى أحدهما أنه شرط الوفاء بالفسطاط، وقال الآخر: بالإسكندرية؛ فالقول: قول من ادعى موضع التبايع مع يمينه، فإن لم يدعياه؛ فالقول: قول البائع مع

=

لثوبين غير الثوب الأول في مائة، وأقاما البينة، قال: تصير الثلاثة الأثواب في مائتي إردب حنطة).
معناه أن المسلم قام بهما.

قال ابن عبدوس: وذلك إذا كانا في مجلسين، وإلا فهو تكاذب.

وقال غيره: سواء كانا في مجلس أو مجلسين.

وفي كتاب ابن حبيب اختلاف في هذا الأصل، ولا يختلف أنهما يعملان معا إذا كانا في مجلسين، وأما إذا قال أحدهما: هذا الثوب في مائة، والآخر: هذا الثوب والعبد في مائة.

فقال: هنا يقضى ببينة من زاد، ويكون العبد والثوب... في المائة.

قال بعضهم: وسواء هنا كانا في مجلس أو مجلسين لاعتراف المتداعيين أن ذلك شيء واحد.

وقد اختلف قوله في الكتاب في هذا الأصل: هل يقضي بهذا أو... هو تهاتر؟. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1431و1432.

(1) لعلها: (قضي أو قضيت).

(2) انظر: المدونة: 316/6، وما بعدها.

(3) انظر: المدونة: 312/6.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 67/6.

يمينه[1] فيما يشبه، كاختلاف الأجل؛ وإلا فقول المبتاع فيما يشبه مع يمينه، فإن أتيا بما لا يشبه لبعده؛ تحالفا وتفاسخا[2].

قال سحنون: القول قول البائع وإن ادعى المبتاع القضاء بحيث دفع الثمن[3].

وإن باع حائطاً، وقال: شرطت نخلات أختارهن، وقال المبتاع: بل شرطت هذه النخلات بأعيانها تحالفا وتفاسخا[4].

محمد: ولو قال [(م: 184/أ)] المبتاع: استثنيت ثلاثة بغير خيار؛ فليتحالفا، قاله مالك، وإن نكلا، أو حلفا؛ فسخ البيع،فإن نكل البائع وحلف المبتاع؛ كان للبائع ثلاثة من وسط المال[5].

ولو ادعى أحدهما في السلم أنه لم يضربا له أجلاً وأن رأس المال تأخر شهراً بشرط وأكذبه الآخر؛ فالقول قول المدعي الحلال منهما مع يمينه[6]، وكذلك جميع

---

(1) عياض: وقوله في مسألة الاختلاف في موضع القبض: (وتصادقا في السلم أنها دفعه إليه في موضع كذا، وليس يدعي واحد منهما أنه شرط القبض في موضع الدفع والسلم أي القول قول البائع).
قال فضل: مفهومه أنه إن ادعى أحدهما أنه شرط على صاحبه القبض بموضع دفع الدراهم فالقول قوله.
قال القاضي: وقع هذا اللفظ في المدونة من روايات كثيرة، وليست في كتبنا ولا عند شيوخنا، وقد نقلها ابن أبي زمنين وغيره، وقال: لم يرو.
ابن وضاح: ومن ادعى منهما قبض الطعام في موضع دفع الدراهم كان القول قوله، وبه تتم المسألة ورواه غيره.
قال القاضي: لعل سحنون طرحها آخراً؛ لأنه لا يقول بذلك، ومذهبه أن القول قول المسلم إليه وإن ادعى صاحبه القبض بموضع دفع. رأس المال. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1432.
(2) انظر: المدونة: 6/320.
(3) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 2972.
(4) انظر: المدونة: 6/316.
(5) انظر: النوادر والزيادات: 6/402.
(6) عياض: ومسألة الذي قال المسلم إليه: (لم أقبض رأس المال منك إلا بعد شهر أو شهرين أو قال: كنا شرطنا ذلك، وقال الآخر: بل نقدتك عند العقدة؛ القول قول مدعي الصحة).
استدلوا بها أن مذهب الكتاب أن تأخر العين في رأس المال بغير شرط يفسد به السلم، كذا روايتنا:

البيوع، القول قول مدعي الجائز دون مدعي ما لا يجوز من بائع أو مبتاع، وإذا تناقضا السلم؛ فاختلفا في مبلغ رأس المال؛ فالقول قول الراد له مع يمينه[1].

ومن الوكالات، وبيع الغرر: وإن ادعى البائع أنه باع على خيار، وأنكر المبتاع؛ فالقول: قول المبتاع، وإن جاء بالثمن، فقال البائع: إنما بعتك على أنك إن لم تأت بالثمن في يوم قد مضى؛ فلا بيع بيننا.

قال مالك: فهو مدع، ولو ثبت ذلك؛ لم ينفعه ومضى البيع، وليس كالخيار.

ولو ابتاع طعاماً، فوجده معيباً فرد نصف حمل، وقال: هذا الذي ابتعت بمائة، وقال البائع: بل بعتك حملاً بمائة؛ فالبائع مدعي زيادة في المثمون، وقد أقر للمبتاع بالثمن، وكذلك لو رد عبداً بعيب، وقال له: بل بعتك عبدين إلا أن يأتي المبتاع بما لا يشبه[2].

=

أو قال: كنا شرطنا.

وفي بعض النسخ: وقال: وإن صحت هذه الرواية لم تكن فيها حجة لتأويل من تقدم، وترجع المسألة كلها إلى الشرط، وقد قدمنا الخلاف في تأويل الكتاب في هذا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1430.

(1) انظر: المدونة: 6/318.

عياض: وقوله بعد هذا: (أرأيت إن تناقضا السلم واختلفا في رأس المال؟ قال: القول قول الذي عليه السلم). ذهب كثير من الشيوخ أن معنى المسألة تناقضا سلماً فاسداً، بدليل عطفها على مسألة: من ادعى فساده، وأن المسألة لا تصح إلا على هذا، وإلا فلو كان من سلم صحيح كانت إقالة على أقل من رأس المال أو على رأس مال مختلف فيه، ولا تصح هذه الإقالة، ويبقيان على أصل البيع.

وقال بعضهم: بل تصح على الإقالة ولعله في عروض ولم يكن السلم في طعام، والإقالة فيه على أقل من رأس المال جائزة، وهو الذي يدعي الذي عليه السلم.

وقيل: لعلها كانت إقالة صحيحة على رأس مالها أولا، ثم نشأ بينهما الخلاف بعد، فتصح في كل شيء، وعورض هذا كله أن من شرط، الإقالة قبض رأس المال وإلا فهي باطل، وقبضه مع النزاع متعذر... الصورة إلا أن يقول: لعل هذا النزاع بالقرب وحضرة الحاكمفيقع الفصل بينهما، والعمل كله في قرب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1428، ومابعدها.

(2) انظر: المدونة: 7/226 و227.

محمد: أو ينكل عن اليمين؛ فيصدق البائع مع يمينه فيما يشبه، ثم لا يغرم من الثمن إلا حصة نصف الحمل، وذلك نصفه.

قال محمد: إنما هذا في الجزاف، ولو كان المبيع مكيلاً، ليس بجزاف؛ فليرد المبتاع الثمن كله إن نكل وأتى بما لا يشبه.

قال محمد: ولو حلف المشتري؛ لم يكن عليه شيء في نصف حمل الباقي؛ لأن البائع مدع عليه فيه، ولو ابتاع سمناً، أوعسلاً على الكيل على أن يوزن بظروفه ثم يطرح وزنها إذا فرغت ويحسب الباقي على ما عرف من وزن كل قسط فذلك جائز إن كان وزن كل قسط عندهم معروفاً لا يختلف، فإن وزن بظروفه ثم فرغ وتركت الظروف عند البائع إلى أن يوزن، فقال المشتري بعد ذلك: ليست هذه وأكذبه البائع، فإن لم يفت السمن؛ تصادقا عليه؛ أعيد وزنه، وإن فات؛ فالقول قول من تركت عنده الظروف؛ أنها هي من بائع، أو بمبتاع[1].

والقول فيمن رد ما قبض على بيع خيار، أو دنانير ليختار منها فناكره صاحبه في اختصار بيع الخيار.

وفي باب أقضية البيوع، مسألة من وجد دراهم رديئة في ثمن سلعة، وذكر الوكيل يقر بها، أو ينكر في باب اختلاف الآمر، والمأمور في اختصار كتاب الوكالات.

قلت: فإن قلت لرجل: يعني بعني سلعتكبعشرة دنانير، فقال: قد فعلت، فقلت: لا أرضى، قال:

قال مالك فيمن أوقف سلعة للسوم، فقلت له: بكم هي؟ فقال: بعشرة، فقلت له: قد رضيت، فقال: لا أرضى:

أنه يحلف ما ساومك على إيجاب البيع، ولكن لما يذكره من عذر ويبرأ...[2] فكذلك مسألتك، ولو قال: قلت له: قد أخذت غنمك هذه، كل شاة بدرهم فقال: ذلك لك؛ فقد لزمه البيع[3]. [(م: 184/ب)]

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/425، وما بعدها.

(2) في تهذيب البراذعي: (فإن لم يحلف لزمه البيع).

(3) انظر: المدونة: 7/177، وتهذيب البراذعي: 3/236.

وقد جرى من مسائل التداعي، والأقضية في البيوع، والأكرية، والإجارات، وغيرها كثرة متفرقة في كل كتاب منها.

فيما يجزئ في السلم من وكالة، أو كفالة أو رهن أو حوالة، والقضاء في تعدي الوكيل وصلحه، وصلح الآمر ومقاصته، وما يحل وما يحرم من ذلك كله

وقد قامت السنة بإجازة الوكالة، وأن من تعدى على مال غيره؛ فقد ضمنه، وأن الصلح جائز بين المسلمين؛ إلا ما حرم حلالاً، أو حلل حراماً، ودل الكتاب على إباحة الرهان والحمالة.

ومن الجزء الثاني: قال ابن القاسم: لا بأس بالوكالة على السلم والبيع، ما لم يوكل نصرانياً، ولا ينبغي أن توكل نصرانياً على بيع، أو شراء، أو اقتضاء وإن كان عبدك، ولا بأس بوكالة العبد المسلم وإن كان يحوز عليه.

وإذا وكلّت رجلاً يسلم لك في طعام، أو غيره فأسلم إلى نفسه، أو إلى زوجته، أو أحد أبويه، أو جده، أو جدته، أو ولده، أو ولد ولده، أو يتيم في حجره، أو عبده المأذون له، أو لمكاتبه، أو مدبره، أو على ولده، أو عبد أحد ممن ذكرنا؛ فذلك كله جائز إن صح بغير محاباة ما خلا نفسه، أو من باع عليه من ولد، أو يتيم، أو سفيه أو ما أشبه هؤلاء؛ فلا يجوز، ولا إلى شريكه المفاوض[1].

قال سحنون: إلا أن يكون في غير المال الذي فاوضه فيه، ويجوز إلى ابنه الصغير أو يتيمه لأن العهده في مالها[2].

قال يحيى: لا يجوز عندي إلى عبده ومدبره وأم ولده ومن هو في ولايته من الأحرار.

---

(1) انظر: المدونة: 6/325 و326.

(2) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 2999.

قال ابن القاسم: وإذا أسلم إلى شريك له شركة عِنان؛ فذلك جائز، وإذا أسلم إلى يهودي، أو نصراني؛ فلا بأس بذلك[1].

قال ابن القاسم: وإذا لم يسلم الوكيل دنانيرك في طعام حتى صرفها، فإن كان هو الشأن في تلك السلعة؛ لأنه يسلم الثلث دينار دراهم والنصف ونحوه، أو كان ذلك نظراً؛ لأن الدراهم فيما يسلم فيه أفضل؛ فذلك جائز، وإلا كان متعدياً ثم لا يجوز أن يتراضيا على أن يكون الطعام لك؛ لأنه دين في دين وبيع له قبل قبضه، إلا أن يكون قد قبضه الوكيل؛ فأنت مخير في أخذه، أو أخذ دنانيرك منه[2].

---

(1) انظر: المدونة: 6/325.

عياض: وشركة عِنان بكسر العين كذا ضبطناه، وهذا هو المعروف، وحكى بعضهم فيه الفتح، ووجدته في بعض كتب اللغة كذلك، ولم أروه ولم يعرفها مالك في غير هذا الموضع ومعنى ذلك أنه لم يعرف استعمال هذا اللفظ ببلدهم.

وقد اختلف في تفسيرها، واشتقاقها: ففسرها سحنون أنه الشريك المخصوص ليس المفاوض في كل شيء.

وقال القاضي أبو محمد بن نصر، والقاضي أبو الحسن بن القصار وغيرهما في معانيها، وما قيل في اشتقاق اسمها وجوه كثيرة: منها أنها أخذت من عناني الفرسين إذا سار الفارسان بهما معا؛ لاستواء هذين في المال المتشارك فيه وربحه.

وقيل: بل من عنان الفرس نفسه؛ لاعتدال طرفيه واستوائهما، وأن أحدهما لا يزيد على الآخر.

وقيل: بل هو من الظهور، ومعناه شركة ظاهرة، ومنه: عنَّ لي الشيء: إذا ظهر، وهذه الشركة تظهر في شيء دون شيء غيره بخلاف المفاوضة وفي كتاب العين: شركة العنان شركة في شيء خاص، كأنه عن؛ يقال: اعتن لنا ما عند القوم؛ أي اعلم خبرهم، وعنان السماء ما بدا منها.

وقيل: سميت بذلك؛ لأن الفارس يمسك بيديه إحدى عناني الفرس ويرسل الأخرى، يتصرف فيها كيف شاء، وكذلك - هنا - يتصرف في بقية ماله كيف شاء.

وقيل: بل من منع الفرس بالعنان عن التصرف، كذلك هذا يمنع مما شارك فيه.

قال ابن القصار: وقال بعض أصحابنا: شركة العنان هو أن يشتركا في شيء بعينه على ألا يبيع أحدهما إلا بإذن شريكه، فكأن كل واحد منهما ممسك عنانه من صاحبه أو بعنان صاحبه عن التصرف بغير إذنه فعلى الاشتقاق من عنان الدابة يكون بالكسر على المشهور، وعلى أنه من الظهور ومن عنان السحاب يكون بالفتح. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1434و 1435.

(2) انظر: المدونة: 6/333، وتهذيب البراذعي: 3/50.

وكذلك إن أمرته بالسلم في قمح فأسلم في عدس، أو بشراء ثوب فأسلم في طعام؛ لم يجز لك اتباع الطعام وإن رضيها، وكذلك إن أسلم في غير ما أمرته به من العروض، أو زاد في الثمن ما لا يزاد على مثله؛ لم يجز أن ترضى باتباعك لما أسلم فيه؛ لأنه دين لزمه بالتعدي فسخته فيما لا تتعجله وسلمه لازم له وليس له فسخه ولو لم تدفع إليه ثمناً فأسلم في غير ما أمرته به من طعام، أو عرض[1] ، أو فيما لا يشترى لمثلك من جارية أو عبد لم تصفهما له؛ فلك أن ترضى بذلك وتدفع إليه الثمن؛ لأنه لم يجب لك عليه بتعديه دين ففسخته وكأنه ولاكه، ولا يجوز أن يؤخرك بالثمن؛ لأنه لم يلزمك إلا برضاك، فكأنه بيع مؤتنف لدين له [(م: 185/أ)] وتوليه بتأخير الثمن فيه دين بدين وبيع الطعام قبل قبضه[2].

---

(1) عياض: وقوله: (إذا وكلت رجلاً يبيع لي طعاماً أو سلعة فباعها بطعام أو عرض).

قيل معنى المسألة باع الطعام بالعرض أو العرض بطعام، وأما لو باع الطعام بالطعام لم يصح جوابه بقوله: (وإن شاء الآمر أن يقبض ثمن ما باع به إن كان عرضا أو طعاما) ؛ لأنه كان يصير طعاما بطعام فيه خيار.

وحمل بعض القرويين المسألة على وجهها وأنه جائز أن يقبض ما اشترى، ويجيز فعله ولم يعتبر الخيار.

وهذا أيضاً مختلف فيه وقد مضى مثله في الصرف في بائع الحنطة الوديعة بتمر مما تقف عليه إن شاء الله وإلى هذا نحا يحيى في كتاب محمد في مسألة الوديعة في الصرف وسنذكرها.

ونحا كثير من الشيوخ القرويين أن مذهب المدونة خلاف لما في كتاب محمد، وأن المسألة على وجهها باع طعاماً بطعام.

ويتأول بعضهم المسألة أنه باعها لربها مضمراً لذلك ولم يعقده مع الآخر.

ولأَشْهَب في كتاب محمد فيمن استودع طعاما فاشترى به تمراً.

قال أَشْهَب: إن اشتراه لرب الوديعة لم يجز؛ لكونه طعاماً بطعام فيه خيار، وإن كان لنفسه جاز لرب الوديعة الرضى.

قال أبو عِمرَان: ظاهره الخلاف، وهذا يدل أن قول أَشْهَب هناك لا يقوله ابن القاسم، وليس بتفسير له على ما ذهب إليه بعضهم؛ لأن الوكيل هنا إنما اشترى لرب الطعام، وإذا حملت المسألة على ما تقدم ذهب الاعتراض وصارت مسألتين وقد بينا المسألة في كتاب الصرف. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1439، ومابعدها.

(2) انظر: المدونة: 330/6، وما بعدها.

ومن غير المدونة:

قال أشهب في الدنانير يأمره فيها بشراء شيء فيسلم ذلك في عرض أو غيره: أنه يؤخذ منه الدنانير الآن ويستأنا بالدين، فإذا قبض بيع، فإن كان فيه فضل؛ أخذه، واستحسن ذلك يحيى بن عمر.

ومن المدونة:

قال ابن القاسم: ولو أمرته ببيع سلعة فأسلمها في عرض مؤجل، أو باعها بدنانير مؤجلة؛ بيع العرض بنقد، أو بيعت الدنانير بعرض نقداً، ثم بيع العرض بعين نقداً، فإن كان مثل القيمة، أو مثل التسمية إن سميت فأكثر؛ كان ذلك لك، وما نقص من ذلك؛ ضمنه الوكيل.

ولو أسلمها في طعام؛ أغرمته الآن التسمية، أو القيمة إن لم يسم، فإذا قبض الطعام؛ بيع فكانت الزيادة لك والنقص عليه، وإن أمرته ببيعها إلى أجل فباعها بنقد؛ فعليه الأكثر مما باعها به أو القيمة، وسواء سميت له ثمناً[1]، أو لم تسم له ثمناً وإن وكل الوكيل على السلم غيره؛ لم يجز[2] ....

(1) عياض: وقوله (في الذي أمره ببيعها بثمن إلى أجل، فباعها بالنقد: إن عليه القيمة سمى له أو لم يسم، إلا أن يكون ما باع به السلعة أكثر من القيمة نقدا فذلك لرب السلعة)؛ ظاهره أنه باعها بالنقد بمثل ما سمى له إلى أجل، وإليه نحا ابن التبان.
وقيل: معناه أنه كان جهل ثمن سلعته أو إنما حد له أقل من الثمن.
وقال له: اجتهد في الزيادة.
وقال أبو محمد: معناه باعها بالنقد بأقل مما سمى له، ولو باعها بما سمى لم تكن له حجة.
وقيل: إنما يكون له حجة ونقض فعله إذا كان ما سمي له غير العين، لرغبته في بقائه في الذمة بخلاف العين، وقاله التونسي. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1442 و1443.

(2) عياض: وقوله: (إذا وكل الوكيل على السلم غيره قال: أراه غير جائز) ؛ فيشتري من ذلك ما أحب. حمله بعضهم على ظاهره أنه غير ماض وأن للآمر أن يفسخ ذلك بكل حال إذا شاء، وله إجازته والرضى به، وعليه حمل قول سحنون وهو ظاهر بين في الواضحة عن ابن القاسم عن مالك.
ولأصبغ وغيره إذا فعل وكيله مثل فعله في النظر والصحة لزمه، وإن كان بخلاف ذلك لم يلزمه ولا جاز له الرضى به.
=

وصار متعدياً[1].

قال سحنون: لا يجوز للآمر أن يرضى، بما فعل، إلا أن يكون مثله لايتولى السلم بنفسه؛ فيجوز ما صنع.

والقول في الوكيل يبيع، أو يبتاع بغير العين، أو يزيد في الثمن، أو يبتاع ما أمر به ولم يسم له ثمناً ولا وصفه، أو يختلف مع الآمر قد كتبته في اختصار الوكالات.

وإن أخذت لرجل سلماً بأمره؛ لزمه، وإن شرط عليك المبتاع أنه إن لم يرض الرجل فالسلم عليك؛ جاز ذلك، وكذلك في ثمن سلعة ابتعتها له[2].

قال سحنون: لا يجوز ذلك.

قال ابن القاسم: ولك قبض ما أسلم لك فيه وكيلك بغير حضرته ويبرأ البائع إذا دفعه إليك إن كانت لك بينة أنه لك أسلمه؛ وإلا لم يلزمه الدفع إليك[3].

ولا بأس برهن أو كفيل، أو بهما معا في السلم، أو بارتهان ما لم يبد صلاحه أو غيره ويطبع على ما لا يعرف بعينه من عين، أو طعام لئلا ينتفع به ويرد مثله فيصير بيعاً وسلفاً ولا يضمن ما لا يغاب عليه ولا ما هلك ببينة مما يغاب عليه بغير تعديك ولا ما كان بيد أمين والسلم بحاله، وتضمن بما بيدك مما يغاب عليه المثل، أو القيمة فيما لا يقضى عليك بمثله إن لم تقم بينة ولا تقاصه فيه بدين لك؛ من طعام من بيع وإن حل؛

=

وقال بعض شيوخنا: إن كان الرجل ممن لا يليه لشرفه مشهوراً بذلك إنما يولي غيره لزم الآمر، وليس يقبل دعواه جهله بحاله لشهرته، وإن كان ممن مثله لا يليه ولم يكن مشهوراً بذلك ولم يعلم الآمر بذلك لزمه وهو متعد؛ لأن رضاه بالتوكيل إلزامه لنفسه ذلك حتى يعلم به الآمر.

ومنهم من حمل قوله في الكتاب أراه غير جائز على رضى الآمر بما فعل وكيل موكله الذي له السلم؛ إذ بتعديه صار الثمن دينا عليه للآمر، فلا يفسخه في سلم الوكيل الثاني إلا أن يكون قد حل وقبضه فيجوز؛ لسلامته من الدين بالدين. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1437، ومابعدها.

(1) انظر: المدونة: 6/ 331 و332.

(2) انظر: المدونة: 6/ 323 و324.

(3) انظر: المدونة: 6/334.

لأنه بيع له قبل قبضه[1].

قال محمد: إن كان السلم في طعام؛ فلا تقاصه به كائن ما كان الرهن، وكائن ما كان رأس المال؛ لأنه إنما ضمنه حين غاب عليه، ولو قامت بينة بهلاكه بغير نقد؛ لم يضمن، ولو كان للذي عليه الطعام عشرة دنانير عند رجل فأحاله بها على الذي له طعام؛ جاز أن تتقايلاها إن كانت مثل رأس المال[2].

قال ابن القاسم: وإن كان السلم في عرض؛ جاز أن يقاصه بقيمة رهنك، ولو كان الرهن عيناً؛ لم يجز إلا أن يكون رأس المال غير العين[3].

قال: ويحل أجل الطعام بموت غريمك، وأنت أحق بالرهن من غرمائه، ولا يحل بموتك. [(م: 185/ب)]

ومن أسلم في طعام دراهم وأخذ رأس المال كفيلاً؛ لم يجز البيع[4].

قال سحنون: لأنه في عقد البيع، ولو كان بعد العقدة لم يفسخ البيع ولأفسخت الحمالة إلا أن على الحميل مثل رأس المال يشتري به للطالب طعاماً، فإن لم يكن فيه وفاء لم يلزمك غير ذلك.

قال ابن ميسر: إن أسلم في عرض ورأس المال عين، والرهن عرض يقوم بمثل رأس المال من ذهب، أو ورق لا يخالفه؛ جاز أن يتقاصا إن كانت القيمة مثل رأس المال فأدنى، ولا يجوز بأكثر منه.

---

(1) انظر: المدونة: 6/336 و337.

عياض: وقوله (فيمن أسلم في طعام وأخذ به رهنا فهلك لم يصلح أن يقاصه بقيمته من سلمه ثم قال: قلت: وكذلك إن حل الأجل لم يصلح أيضاً أن تقاصه بما صار له عليك من قيمة الرهن)، كذا في كتابي وعليه اختصرها أبو محمد وابن أبي زمنين وغيرهما، وسووا بين حلول الأجل. وقبل حلوله.

وذكر ابن وضاح أن سحنون طرح المسألة إن كانت بعد حلول الأجل، قال: ولم يقرأه لنا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1443 و1444.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 10/240.

(3) انظر: المدونة: 6/334، وما بعدها.

(4) انظر: المدونة: 6/338، وما بعدها.

وإن كان رأس المال عرضاً والرهن عرضاً من غير صنفه؛ جاز أن يتقاصا به بالمعرفة بقيمة الرهن، وإذا حل الأجل والغريم ملي حاضر؛ فليس على الكفيل أن يقضيك ولا أن يطالبه لك، فإن كان الغريم غائباً، أو عديماً، أو عليه دين كثير فخفت المحاصة في قيامك وأن يأتي غرماء آخرون؛ فحينئذ لك أخذ الكفيل.

قال: وإن أدى الكفيل بما يكفل به من طعام، أو غيره قبل أجله؛ لم يرجع على الغريم حتى يحل الأجل.

قال محمد في الكفيل يؤخذ بالطعام فيؤديه: فلا بأس أن يأخذ فيه من الغريم ثمناً إذا ارتضيا[1].

قال ابن القاسم: وليس للكفيل أخذ الطعام من الغريم بعد الأجل ليوصله إلى ربه، وله طلبه به حتى يوصله هو إلى ربه، وإن دفع الغريم الحق بعد الأجل إلى الكفيل فهلك بيده، فإن قبضه على الاقتضاء؛ ضمنه، كان مما يغاب عليه، أو لا يغاب عليه قامت بينة بهلاكه، أو لم تقم قضاه إياه متبرعاً أم باقتضاء من الكفيل بقضاء سلطان، أم بغير قضاء، وأما إن قبضه بمعنى الرسالة؛ لم يضمن[2].

قال يحيى: ولا للطالب أخذه به إن كان الغريم حاضراً مقراً، ولو كان طعاماً فباعه الكفيل، قيل: لم يجز لرب السلم الرضا ببيعه، يعنى كان بمعنى الاقتضاء أو الرسالة؛ إذ لم يوكله بقبضه ويصير كبيعه قبل قبضه.

قال محمد: فإن وكله بقبضه؛ فله الرضا ببيعه[3].

قال ابن القاسم: إن لم توكله؛ فلك أن تتبع بطعامك الكفيل، أو الغريم[4].

قال يحيى: قبضه على الرسالة، أو الاقتضاء، قال: ووقعت في الكتاب هذه اللفظة في غير موضعها وهذا موضعها، يريد: أن له أن يتبع الكفيل هٰهنا، والغريم ملي حاضر؛ لأنه قد قبض الطعام وتعدى في بيعه فضمنه؛ فله أن يقول: إن رضي بقبضه واتبعه به،

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/36.

(2) انظر: المدونة: 6/344.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/36.

(4) انظر: المدونة: 6/345.

والذي قبض بمعنى الرسالة فهلك الطعام بيده خالي الذمة؛ فليس للطالب اتباعه إلا في عدم الغريم، قاله يحيى بن عمر.

محمد: ولو دفع الغريم دنانير للكفيل ليبتاع بها طعاماً يقبضه[1] عنه فأراد أن يدفع من عنده قمحاً ويحبس الدنانير بعد أن علم بذلك الغريم- قبل أن يكتاله للطالب- فرضي الغريم؛ فلا يجوز وهو بيع الطعام قبل قبضه، ولو دفعه من عنده بغير علم الغريم واحتبس فيه الدنانير، فإن أجاز ذلك الغريم؛ جاز؛ لأن الطعام صار منه قرضاً، والدنانير عليه ديناً[2].

قال ابن القاسم: فإن أخذت به الغريم؛ فللغريم أن يأخذ الثمن من الكفيل إن كان دفعه الطعام إليه على الرسالة، وإن شاء؛ أخذه بمثل طعامه، وإن أخذت الكفيل [(م: 186/أ)] بالطعام؛ فليس للغريم أخذ الثمن منه، ويدفع إليه مثل الطعام إذا كان قبضه بمعنى الاقتضاء؛ لأنه ضمنه فساغ له الثمن[3].

محمد: ولو كان بمعنى الرسالة؛ كان ذلك للغريم.

قال محمد: فإن أغرم الطالب للغريم الطعام ثانية؛ فجائز أن يأخذ الغريم من الكفيل الثمن، أو يصالحه على أكثر منه، أو أقل،- يريد محمد بقوله: جائز أنهما إذا تراضيا وكان قبضه بمعنى الاقتضاء؛ فذلك جائز-، ولو امتنع الكفيل من ذلك؛ لم يقض عليه إلا بالمثل؛ لأنه ضمنه وكان قبضه بمعنى الرسالة، كان ذلك للغريم.

كما قال محمد: أن يأخذ منه الثمن بالقضاء، فأما أكثر؛ فلا يلزمه بالقضاء إلا أن يصطلحا عليه؛ لأن له إن شاء الثمن وإن شاء المثل إلا أن يصالحه على المثل بما يتفقان به عليه، وقد ذكر محمد نحوه.

قال محمد: ولو أخذ الطالب من الكفيل مثل الطعام الذي قبضه بمعنى الاقتضاء، وباعه؛ لم يكن للغريم أخذه بالثمن؛ لأنه ضمنه[4].

---

(1) في النوادر: (يقضيه).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/36.

(3) انظر: المدونة: 6/345.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 6/36.

ومن تكفل لك بطعام من سلم؛ لم يجز أن يصالحك قبل الأجل، أو بعده لنفسه إلا بمثل رأس مالك، فيكون تولية له كالأجنبي، أو على أن ذلك إقالة للمطلوب بإذنه والكفيل أسلفه الثمن، ولا تجوز الإقالة بغير إذن المطلوب؛ إذ له الخيار، ولا نقد فيما فيه خيار، فكأنه أسلفه الثمن على أن يرضى البائع بذلك؛ فيرد مثله أو يغرم له طعاماً فتفسخ الإقالة ويصير إن رضي بها[1] ؛ بيع الطعام قبل قبضه، ولا بأس أن تأخذ من الكفيل قبل الأجل، أو بعده مثل طعامك كيلاً وصفة لا أرفع ولا أدنى؛ فيجوز؛ لأنه قضاء لشيء لزمه، ولا يجوز أن تأخذ ذلك من أجنبي وتحيله على غريمك، حل أجلك أم لا، وذلك منك بيع، ومن الكفيل قضاء.

ولو استقرض الغريم مثل طعامك من أجنبي، أو سأله أن يوفيكه وأحالك به ولم تسأل أنتَ الأجنبي ذلك؛ جاز قبل الأجل وبعده، ولا تستقرض أنت من أجنبي مثل طعامك وتحيله به، أو يقضيكه على ذلك، حل الأجل أو لم يحل[2].

قال أشهب في غير المدونة: ولا بأس أن يقضيكه رجل وتحيله عليه ولا تأخذ من الغريم قبل الأجل، إلا مثل طعامك في كيله وصفته، أو رأس مالك لا أفضل، ولا تأخذ منه ولا من الكفيل قبل الأجل سمراء من محمولة، أو محمولة من سمراء، أو سلتاً، أو شعيراً من قمح، فيدخله بيع الطعام قبل قبضه مع ضعوتعجل في تعجيل الأدنى؛ وذلك جائز من الغريم إذا حل الأجل؛ لأنه بدل، ولا يجوز من الكفيل وإن حل؛ لأنه بيع؛ إذ لا يرجع بما أدى[3].

ولو سلمت في عروض فصالحك الكفيل منها قبل الأجل على طعام، أو عرض

---

(1) عياض: وقوله: (إذا أسلم في حنطة وأخذ منه كفيلا إنه لا يجوز أن يصالح الكفيل قبل محل الأجل بشيء إلا بمثل رأس مالك، تُوَلِّيَة تَوَلِّيَة... إياها أو إقالة برضى الذي عليه السلم، فقوله: برضى، عائد إلى الإقالة لا التولية؛ إذ لا تحتاج التولية إلى رضى الذي عليه السلم)، لكنه... يحتاج إلى حضوره.

قال أبو عِمرَان: لا بد في التولية من حضور الذي عليه السلم، اتفقوا... على ذلك. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1447 و1448.

(2) انظر: المدونة: 6/339، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 3/ 53 و54.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/54.

يخالفها، يعني: أو عين نقداً شراء لنفسه؛ جاز إذا حضر الغريم وأقر[1].

محمد: أو قربت غيبته حتى يعرف ملاؤه من عدمه[2].

قال محمد: وكذلك طعام من قرض وسائر الديون إلا الطعام من بيع إن وليته رجلاً؛ لم يجز حتى يجمع بينه وبين الغريم وتحيله عليه.

محمد: ومن لم تكن عليه بينة؛ لم يجز شراء ما عليه من الدين حتى يحضره ويقر، ولو كانت عليه بينة وهو حاضر منكر؛ لم يجز شراء ما عليه؛ لأنه خطر[3].

ابن القاسم: [(م: 186/ب)] وكذلك صلحك الكفيل على عروض في صفتها وعدتها قبل الأجل، ولا يجوز أجود منها، أو أردى، أو أقل، أو أكثر في جنسها[4]؛ لأنه يدخلها في الأدنى الزيادة في السلف، وفي الأرفع زيادة على ضمان الأدنى، وكذلك قضاؤه عن الغريم يدخل في الأرفع حط عني الضمان وأزيدك، وفي الأدنى ضع وتعجل ولا تصالحه عن الغريم بشيء سوى ما كان عليه كان عليه عروض[5]، أو

---

(1) انظر: المدونة: 6/338.

عياض: وقوله في الكفيل يصالح مما ضمن: (إن كان باع الكفيل إياها بيعا، والذي عليه الدنانير حاضر فلا بأس به)، كذا في كتابي، وعلى هذا اختصره ابن أبي زمنين وغير واحد، واختصره أبو محمد وغيره بزيادة مقر مع حاضر، وكذلك في رواية العسال، وكذا في كتاب القسمة والصلح.

وكان أبو محمد اللوبي يقول: لا حاجة لهذه اللفظة في هذا الموضع؛ لأنه إنما يحتاج إلى إقراره فيما بيع عليه خوفاً من جحوده فتقع الخصومة فيه، والحميل هنا غارم بكل حال أقر أو جحد.

وذهب غيره إلى تصويب إثبات إقراره؛ لأنه قد ينكره، فيؤدي إلى الخصومة فيه، فيكون شراء ما فيه خصومة.

وقال بعضهم: إنما يحتاج إلى حضور الغريم إذا لم يحل الدين، فأما إذا حل فلا يحتاج؛ لأن الكفيل مطلوب بما تكفل به وفي هذا تنازع من المتأخرين، ومنهم من منعه إذا غاب بكل حال. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1445 و1446.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/371.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/371.

(4) انظر: المدونة: 6/338 و339.

(5) عياض: وقوله في مصالحته عن الغريم بعرض: (يجوز؛ لأنه كأنه قضاه دنانير؛ لأن ذلك يرجع إلى

حيوان؛ لأن الغريم بالخيار عليه[1].

قال محمد: إلا أن تأخذ منه من صنف الدين بعد محله قضاء أقل أو أكثر، ولا يرجع هو بالزيادة؛ لأنه تطوع، ولا يجوز صلحه عن نفسه بأرفع، أو أدنى وإن حل، ويجوز بمثل الصفة بعد محله، ولا يجوز إن لم يحل أرفع، أو أدنى عن نفسه ولا عن الغريم[2].

قال ابن القاسم: ولو كان الدين دنانير من قرض؛ جاز صلحك الكفيل عن الغريم على دنانير، أو على ما يرجع إلى القيمة من العروض والحيوان.

محمد: الجزاف مما يوزن ويكال؛ لأن ما يقضى به من القيمة كالعين، فيرجع على الغريم بالأقل منها، أو من الدين، ولا يجوز بما يقضى له بمثله من طعام مكيل، أو غيره؛ =

قيمة الذي عليه إن كان دنانير).

قيل: معناه مثل الذي عليه، قاله ابن لبابة، وفي نسخة: لأنه يرجع إلى جنس الذي عليه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1446.

(1) انظر: المدونة: 6/339 و340.

عياض: وقوله بعد هذا: (وإن كان الذي عليه عرضا أو حيوانا فلا خير فيه) ؛ يريد: لتخيير الغريم في أداء ما عليه أو العرض الذي دفع عنه، بخلاف إذا دفع ما يرجع إلى القيمة وعليه دنانير؛ إذ ليس هناك تخيير، إنما يدفع دنانير.

قال فضل: إنما له الخيار هنا في نوع واحد في أن يدفع أقل الأمرين.

قال القاضي: وليس هذا بخيار هو إنما يدفع أبداً الأقل؛ إذ عليه دفع ما كان عليه إلا أن يكون ما دفع عنه أقل، فهو تخفيف عنه وإسقاط، وعلى هذا اختصر أبو محمد قوله: وإن كان الذي عليه عرضا أو حيوانا فلا خير فيه، فقال: إن كان الذي عليه عرضاً والذي دفع الكفيل عرض.

وذهب غيره إلى أن المسألة راجعة إلى ما قبلها، وأن معنى قوله: إن كان الذي عليه عرضا أو حيوانا؛ أي إن كان الذي يطلب الكفيل الغريم بالعرض والحيوان لا بالقيمة، ورد المسألة إلى مسألة: إذا كان على الغريم دنانير، وغمر بعضهم دفع الكفيل العرض عن الغريم، وقال: هو يدفع عرضه؛ ليرجع بما لا يدري أهو مثل ما على الغريم أو أقل من قيمته؟. وللشيوخ عنه أجوبة معلومة في كتبنا أولاها قول من زعم أن هذا مقصده المعروف لا المكايسة، كهبة الثواب وغير ذلك كلها ضعيفة الوجوه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1446 و1447.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 10/142.

لأن الغريم إن شاء أعطاه مثله، أو الدين، وأجازه ابن حبيب، وذكره عن ابن كنانة، وذكر أن قول ابن القاسم اختلف فيه.

قال ابن حبيب: وهو كما لو قضى عنه دراهم من دنانير، فالغريم مُخيّر ولا يفسخ ذلك(1).

وإن تكفل له بمائة دراهم؛ لم يجز صلحك الكفيل، أو الغريم على عشرة دراهم قبل الأجل؛ لأنك وضعت على أن تعجلت، وجائز ذلك منهما بعد الأجل، ويرجع الكفيل بما أدى، وكذلك لو تطوع بذلك أجنبي بغير أمر الغريم لأرجعته ما أدى؛ لأنه حق قد ثبت أداه عنه، وإن دفع الكفيل العشرة ثمناً للمائة لنفسه؛ لم يجز وليرجع فيأخذ عشرته، وليس لك حبسها من المائة إلا في عدم الغريم، أو غيبته، وإن صالحت الكفيل عن الغريم على خمسة دنانير نقداً؛ لم يجز؛ لأنه مُخيّر ويدخله تأخير الصرف، وكذلك أخذ الكفيل إياها بذلك لنفسه، ولا بأس بصلحه عن الغريم منها على عرض، أو حيوان؛ لأنه يرجع بالأقل من المائة، أو من قيمة ما أعطى بالدراهم.

يريد: إن كانت المائة قرضاً.

فأما إن كانت من ثمن سلعة فصالحه عن الغريم بعرض لا يجوز أن تسلم السلعة فيه؛ لم يجز، وإن كان مما يسلم فيه؛ فجائز، ولو صالحه لنفسه؛ لجاز ذلك كله على عرض نقداً أي عرض كان(2).

قال يحيى: هذا في بلد بيعهم بالدراهم، كخراسان، يريد: وتكون سلعة مما تباع بالدراهم في أي بلد كان.

قال ابن القاسم: وإن ابتاعها الكفيل لنفسه بهذا العرض؛ جاز إن لم يكن الغريم غائباً، ولا منكراً، وله الرجوع بالمائة على الغريم(3).

وفي كتاب الكفالة من معاني هذا الباب.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 36/6، وما بعدها.

(2) انظر: المدونة: 346/6، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 56/3.

(3) انظر: المدونة: 348/6.

في بيع الطعام قبل استيفائه من بيع، أو قرض على جزاف، أو كيل وما يجوز فيه من شركة، أو تولية وإقالة.

[(م: 187/أ)] قال النبي ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه»[1]، فلم يمنع من بيع القرض منه لخصوصيته المبيع، ودل بقوله: «حتى يستوفيه» أن ذلك فيما يقبض بكيل، أو وزن ونحوه،

قال الله سبحانه: ﴿ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكۡتَالُواْ عَلَى ٱلنَّاسِ يَسۡتَوۡفُونَ﴾ [سورة المطففين آية: 2].

وقال: ﴿وَأَوۡفُواْ ٱلۡكَيۡلَ وَٱلۡمِيزَانَ بِٱلۡقِسۡطِ﴾ [سورة الأنعام آية: 152]، فإنما النهي فيما يستوفى بكيل، أو وزن، أو عدد دون الجزاف؛ إذ الجزاف بعقد البيع داخل في ضمان المبتاع،

وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن[2].

قال أكثر علماء أهل المدينة: إنما ذلك في الطعام خاصة[3].

وأما الشركة والإقالة والتولية فيه؛ فقد جاء الأثر برخصته واجتمع على إجازته[4]، وذلك ما لم يدخله لما يخلفه عن وجه إباحته.

ومن الثالث: قال ابن القاسم: وكل طعام ابتعته بعينه، أو مضمون على كيل، أو

---

(1) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/748، في باب الكيل على البائع والمعطي، من كتاب الحدود في صحيحه، برقم: (2019)، ومسلم: 3/1160، في باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، من كتاب البيوع، برقم: (1526)، ومالك في الموطأ: 2/640، في باب العينة وما يشبهها، من كتاب البيوع، برقم: (1310).

(2) صحيح، أخرجه أبو داود في سننه: 2/305، في باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، من كتاب الإجارة، برقم: (3504)، والترمذي في سننه: 3/533، في باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، من كتاب البيوع، برقم: (1234)، والنسائي في المجتبى: 7/288، في باب بيع ما ليس عند البائع، من كتاب البيوع، برقم: (4611)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/31.

(4) انظر: المدونة: 6/372، والنوادر والزيادات: 6/46.

وزن، أو عدد؛ لم يجز بيعكه من بائعك، أو غيره حتى يستوفيه، إلا أن يقيل منه، أو تشرك فيه، أو توليه أحداً بمثل رأس مالك، وكذلك كل إدام، أو شراب عدا الماء، ولا تواعد على بيعه قبل قبضه، ولا تبع طعاماً من رجل تنوي أن تعطيه من طعام لك على آخر، فإن قبضته كيلاً بمحضر رجل على غير وعد؛ جاز أن تبيعه منه على كيلك، أو على تصديقك في الكيل، وإن لم يحضره بنقد وأكرهه بثمن إلى أجل على تصديقك[1].

والقول فيه إن نقص في باب تقدم.

وكل طعام أسلمت فيه؛ فلا تأخذ منه إلا ما شرطنا، ورأس مالك لا غير ذلك.

وكل صنف من التابَل من فُلْفُل[2] وقَرَنْبَاذ[3] وكسبر[4] وشَونِيز[5] وغيره؛ فداخل في حكم الطعام، وكذلك زريعة الفجل مما فيه الزيت، وأما ما لا زيت فيه، أو بزر الجَزَر[6] والسِلق[7] والكراث والخِرْبز[8]؛ فلا بأس ببيعه قبل قبضه، وإن كان ينبت

---

(1) انظر: المدونة: 6/ 383، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 3/ 71 و72.

(2) عياض: والتابَل، بفتح الباء. والفُلْفُل، بضم الفاءين، وكذلك الكُسْبُر، بضم الكاف والباء، ويقال بالزاي أيضاً. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1464.

(3) عياض: والقَرَنْبَاذ، بفتح القاف والراء وسكون النون، بعدها باء بواحدة وآخره ذال معجمة الكرويا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1464.

(4) عياض: (الكُسْبُر، بضم الكاف والباء، ويقال: بالزاي أيضاً)، وقال ابن منظور: (الكُزْبَرة لغة في الكُسْبَرة، وقال أَبو حنيفة الكُزْبَرة بفتح الباء عربية معروفة الجوهري الكُزْبُرَة من الأَبازير بضم الباء وقد تفتح قال وأَظنه معرّباً). اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1464، وانظر أيضاً: لسان العرب: 5/ 138 و142، تركيب: (كزبر)، (كسبر)، وقال في الأخير، وهو نبات الجلجلان.

(5) عياض: الشُونيز، بفتح الشين: الحبة السوداء. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1464.

(6) عياض: والجَزَر بفتح الجيم والزاي الاسفنارية، ويقال له: الجِزر بكسر الجيم أيضا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1463.

(7) عياض: والسِلق، بكسر السين. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1463.

(8) لعله: الخربز، بالباء الموحدة.

عياض: (والخِرْبِز، بكسر الخاء المعجمة وسكون الراء وكسر الباء وآخره زاي: البطيخ المدور، وهو

طعاماً، والنوى ينبت طعاماً وذلك جائز فيه(1).

قال ابن حبيب: وكذلك بزر القثاء والبطيخ يجوز بيعه قبل قبضه(2).

قال غيره: وأما الزعفران فمن الطيب، لا خلاف في جواز بيعه قبل قبضه(3). وكل ما اكتريت به، أو صالحت به من دم، أو خالعت به من طعام بعينه، أو بمضمون على كيل أو وزن؛ فلا يبعه حتى يقبضه، وكذلك إن كاتبت عبدك عليه؛ فلا بأس أن تبيعه من المكاتب خاصة بعرض، أو عين وإن لم تتعجله.

سحنون: إذا عجّل عتقه، وليست الكتابة بدين ثابت، ولا تحاص بها الغرماء، ولا تباع من أجنبي بدين مؤجل وتباع من المكاتب، وقد تباع خدمة المدبر منه ولا تباع من غيره، ولا تشتري من نصراني طعاماً ابتاعه حتى يقبضه(4).

وقال في كتاب الصلاة: ويفسخ ذلك إن نزل(5).

وإذا أقرضت رجلاً طعاماً لك من بيع، أو سلم قبل قبضك إياه؛ لم يجز له هو أن يبيعه قبل قبضه، وإن قبضه؛ لم يجز لك أن تبيعه منه، ولا من غيره قبل قبضه منه، وليس كقبض وكيلك.

ولا يجوز لك أن يحيلك من طعام لك عليه من سلم على طعام له من سلم، أو على طعام ابتاعه ليقضيكه، أو لغير [(م: 187/ب)] ذلك، ولو كان قد قبضه هو؛ جاز أن

= الدلع، وقيل: الخربز الخيار). اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 515 و1463، ويراجع مشارق الأنوار، له: 232/1، مادة: (خ ر ب)وضبطه قائلا: (الخربز بكسر الخاء وسكون الراء وكسر الباء بواحدة بعدها وآخره زاي).

عياض: والخِرْبِز، بكسر الخاء المعجمة وكسر الباء، وبينهما راء ساكنة، وآخره زاي: هو البطيخ بالفارسية، وقيل: هو منه الهندي المدور المعروف عندنا بالسندي. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1463.

(1) انظر: المدونة: 379/6، وما بعدها.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 75/6.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 10/6.

(4) انظر: المدونة: 382/6.

(5) انظر: المدونة: 376/1.

تأخذه منه على كيله.

وكذلك إن قبضه بمحضرك ما لم يكن موعداً؛ لأنه إذا ابتاعه على أن يعطيكه باشتراط دخله مع بيعه قبل قبضه بيع ما ليس عندك.

ومن كان لك عليه طعام من سلم؛ لم يصلح أن يعطيك عيناً، أو عرضاً يشتري به طعاماً لتقبضه لنفسك قضاء من طعامك، إلا أن تأخذ مثل رأس مالك صفة ووزناً؛ لا أفضل، ولا أكثر بمعنى الإقالة، ولا تجوز أقل منه؛ فيخرج عن الإقالة إلى البيع، ويجوز أخذك أقل من رأس المال في الإقالة من العروض[1] واتقاه عبد العزيز.

ولا ينبغي في الطعام أن تقول له: بعه وجئني بالثمن، وهو من ناحية بيعه قبل قبضه مع ما يدخله من ذهب فأكثر منها، أو بورق إلى أجل إن كان رأس المال عيناً...[2].

ولا ينبغي أن يوكل على قبضه منه عبده، أو مدبره، وأم ولده، وزوجته، وصغار بنيه وهو كتوكيلك إياه فلا تبعه بذلك القبض، ولك بيعه بقبض الكبير من ولده البائن[3].

ومن الثاني والثالث: وكره مالك أن يقول له: كِلْه لي في غرائرك[4]، أو في ناحية بيتك[5].

يريد: مالك فلا يبعه بذلك القبض.

---

(1) انظر: المدونة: 6/392، وما بعدها.

(2) لعلها: (ذهباً أو ورقاً)، وانظر المسألة في: المدونة: 6/395، وتهذيب البراذعي: 3/74.

(3) انظر: المدونة: 6/389، وتهذيب البراذعي: 3/72.

(4) عياض: تأوله أبو محمد: لا يعجبني البيع على هذا القبض حتى يكيله بنفسه

وقد قال سحنون: هذا ضعيف، وما في السلم الثالث في مسألة منعه أن يوكل ابنَ المسلم إليه أو زوجته خير من هذه.

وقد ضمَّن ابن القاسم في عشرة يحيى بن يحيى المسلمَ إليه وإن قامت له بالكيل بينة في المسألة الأولى. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1420.

(5) انظر: المدونة: 6/314.

قال ابن القاسم: ولو أمرته بذلك؛ فقبل، فقال: قد كلته وضاع، فإن صدقته في الكيل؛ كان منك، وإن أكذبته في الكيل؛ كان منه[1].

وإن ابتعت جزافاً من طعام، أو شراب، أو إدام؛ فلا بأس أن تبيعه قبل أن تنقله؛ إذ بعقد البيع صار في ضمانك، وصرت له مستوفياً[2].

محمد: قال مالك: من اشترى نصف ثمرة، أو نصف صبرة؛ فله بيع ذلك قبل قبضه.

ومن اشترى لبن غنم شهراً، فقال ابن القاسم: لا تبعه قبل أن تحلبه وأجازه أشهب.

قال محمد: ربح ما لم يضمن في الطعام؛ لا يجوز، فهذا مثله؛ لأن الضمان من البائع فيه[3].

ابن القاسم: وأما ما ابتعت به من ذلك كله على كيل، أو وزن؛ فالرخصة فيه فيالإقالة والشركة والتولية قبل قبضه، نقدت الثمن أم لا، والطعام بعينه، أوكان مضموناً قبل أجل المضمون، أو بعده إذا انتقدت مثل ما نقدت؛ ولأن ذلك من المعروف، فإذا أحيل عن موضع وقبضته؛ حرم[4].

ولو أسلمت أمة في طعام فولدت عند البائع، أو نقصت، أو زادت في بدنها؛ فإن ذلك يفيت الإقالة مع ما يدخله في الولد من التفرقة، ولو كان تغير البدن بهزال أو سمن لم تفت الإقالة، ولو كانت دابة؛ كان الهزال والسمن مفيتاً للإقالة بذلك قاله مالك[5].

قال يحيى: وذلك في الأمة والدابة سواء ولا يجوز.

---

(1) انظر: المدونة: 6/314.

(2) انظر: المدونة: 6/385 و386.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/38 و39.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 6/46، وما بعدها.

(5) انظر: المدونة: 6/356.

وأما العمى والعور[1] والعيب؛ ففوت في الحيوان والرقيق، وكذلك الزيادة؛ من كبر الصغير، وزوال الصمم، أو ذهاب بياض العين، أو حدوث عيب في سائر العروض، وكان ذلك كله ليس بعين شيئه فكان بالبيع أشبه من الإقالة، ولا تفيت حوالة الأسواق في ذلك كله جواز الإقالة، وما لم يحل في عينه من ذلك كله؛ جازت فيه الإقالة، وإن بعد شهرين أو ثلاثة[2].

وكذلك بعد غلة الدور، والنخل وحلاب الغنم ما لم تحل الأجسام، [(م: 188/أ)] وإن كان عبداً فأذن له فتجر فلحقه دين؛ فذلك عيب يمنع الإقالة، وكذلك إن كان رأس مال الطعام عرضاً يكال، أو يوزن؛ فليس حوالة سوقه عيباً للإقالة حتى تغير في عينه، وما هلك من ذلك، أو من سائر العروض والحيوان والرقيق؛ فلا إقالة بعد هلاكه.

قال ابن عبدوس: قال أشهب: يجوز أن يقيله من الطعام ورأس ماله عرض يكال أو يوزن وقد فات العرض وعلم الآخر بذلك[3].

قال سحنون: والمثل حاضر عند من أقيل.

وكل ما ابتعته من طعام، أو شراب، أو غيره؛ من كيل، أو موزون بثمن فهلك عندك ثم أقلته منه، فإن علم البائع هلاكه؛ فذلك جائز إن كان مثله حاضراً عندك وتدفعه إليه بموضع [قبضته منه].

ولوأسلمت ثوباً في طعام فهلك الثوب بيد البائع؛ لم تجز الإقالة؛ إذ لا تجوز على [قيمته] أو لم يهلك؛ جازت إن قبضت الثوب مكانك ولم يتأخر، ولو هلك الثوب بعد الإقالة؛ انفسخت الإقالة وكان السلم بحاله، ولا يجوز أخذ مثله، ولو قبضت الطعام

---

(1) عياض: وقوله: (من خرق أو عور)؛ كذا الرواية، وفي نسخة: أو عوار، وكلاهما بمعنى العيب.
قال الخليل: العوار خرق في الثوب، ويقال: عَوار وعُوار معا بالفتح والضم. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1459.

(2) انظر: المدونة: 6/355 و356.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/46.

بعد محله ثم أقلته منه وتلف الثوب عندك قبل قبض البائع إياه؛ فلا إقالة بينكما[1].

يريد: ولا بيع؛ لأن مصيبته منك حتى ترده إلى ربه وعليك رد الطعام إلى ربه.

قال ابن حبيب: إن أسلمت ثوباً في طعام؛ لم تجز فيه تولية ولا شركة؛ لأن ذلك... القيمة، وكذلك كل ما لا يكال ولا يوزن من العروض.

وإن اشترى طعاماً بعينه بثمن إلى أجل؛ ليس فيه شركة ولا تولية قبل قبضه؛ لأن الذمم لا تتساوى ويتفاوت-أيضاً- القضاء للثمن... فيه؛ فجائز، ورويَ عن مالك أنه أجاز فيه التولية.

وقال ابن القاسم: لا تجوز فيه الإقالة، وأما طعام من إجارة، أو كراء؛ فلا يجوز فيه شركة ولا تولية، وتجوز الإقالة فيه قبل العمل، وإن مضى بعض العمل أو بعض مدة الكراء؛ فلا بأس بالإقالة فيما بقي، وإن انقضت المدة والعمل؛ لم تجز الإقالة بحال[2].

ومن الثالث: ومن أسلم عرضاً في طعام، ثم تقايلا على أن زاد أحدهما للآخر شيئاً؛ لم يجز أن تسلم إليه عيناً فأقاله على أن... أخذ برأس ماله عرضاً نقداً؛ لم يجز، ولا على أن يعطيه برأس المال حميلاً، أو رهناً، أو يحيله له على أحد، أو يؤخره به يوماً أو ساعة ويدخله في التأخير به دين بدين مع بيعه قبل قبضه تأخره بشرط أم بغير شرط، ولو أقال ثم أخذ منه برأس المال عرضاً؛ لم يجز، ولو أقاله ثم لم ينقده حتى طال ذلك انفسخت الإقالة[3].

قال محمد: إلا أن يحدثا إقالة ثانية[4].

ولو دفع إليه البائع قبل التفرق، أو دفع من أحاله به عليه قبل فراق المتقايلين ما لم يطل ذلك؛ جاز وإلا لم يجز، وكذلك في التولية والشركة، كحكم الإقالة.

ولو وكل هو من يدفع إليك رأس المال وذهب أو وكلت أنت من يقبضه وذهبت، فإن قبض وكيلك منه، أو قبضت أنت من وكيله مكانكما قبل التفرق؛ جاز،

---

(1) انظر: المدونة: 6/360 و361، وتهذيب البراذعي: 3/61.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/46، وما بعدها.

(3) انظر: المدونة: 6/365، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 3/64.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 6/51.

وإن تأخر القبض؛ لم يجز، ولو كان رأس مالك عرضاً؛ لم يجز تأخيره[1]. [(م: 188/ب)]

وإقالة المريض من طعام له؛ جائزة كبيعه إن لم يحاب، فإن حاب قمحاً بأنه في ثلثه، فإن لم يدع غيره؛ خُيّر الورثة بين الإجازة وأخذ رأس المال المقال وبين القطع له بثلث ما عليه[2].

قال سحنون: لا تجوز إقالته بالمحاباة؛ لأنها تأخير إلى موته.

---

(1) انظر: المدونة: 6/369.

(2) انظر: المدونة: 6/363.

عياض: مسألة إقالة المريض من سلم الطعام، تعلق القابسي أن إجازة ابن القاسم لها؛ لأنها كانت وصية أوصى بها بعد الموت، بدليل قوله: وتمت وصيته، وأنكر هذا غيره.

وقال: بل هي إقالة بتل في المرض، بدليل قوله: (ولو لم يكن فيها محاباة كان جائزاً، فلو كانت في وصية لكانت في الثلث)؛ كانت فيها محاباة أم لا وإنما سماها وصية تَجَوُّزاً في العبارة لما كان النظر فيها موقوفا بعد الموت، كأفعال المريض التي فيها معروف فتوقف ويكون حكمها حكم الوصايا، ولو كانت وصية لم ينكر المسألة سحنون وغيره، وجعلوها إقالة مترقبة خارجة من باب الإقالة لا تجوز، واحتاجوا فيها إليها من التأويلات ما هو موجود في الشروح مما سنذكر أوجهه. وقوله: (فإن أحب الورثة أن يقيلوه ويأخذوا رأس المال... فذلك جائز)؛ استدل به ابن الكاتب أن المريض لم يقبض رأس ماله، وأنه سواء عند ابن القاسم قبض أو لم يقبض، الإقالة جائزة وسواء عند سحنون ذلك الإقالة مفسوخة، خلاف ما ذهب إليه القاضي ابن نصر أنها إنما تصح على قول ابن القاسم إذا نقد، وتبطل على قول سحنون إذا لم ينقد، ولأنه لا فائدة في التفريق بينهما؛ إذ أفعال المريض مترقبة فيما انتقد أَوْ لاَ والورثة مخيرون في إمضائها أو ردها.

وكذلك عورض قول ابن اللباد بأن معنى قوله: أقال ثم مات ؛ لأنه وإن أوجب الحكم تعجيل النظر فأصل المسألة كان على تأخير النظر، كمن أسلم بشرط تأخير النقد ثم عجله، فلا ينفعه.

وما نحا إليه أبو محمد في المسألة أولى من أن معناها لعله إنما أجازها ابن القاسم؛ لأنها لم يقصد بها التأخير، وإنما اقتضاه الحكم أو ما نحا إليه أبو عِمرَان أنه كانت للمريض أموال مأمونة على أحد قولي مالك إنه ينفذ فعل المريض فيما بتل إذا كان كذلك. وقوله في الكتاب: (وإن كان الثلث يحمل جميعه جاز).

ذهب أبو محمد عبد الحق وغيره أنه أراد المحاباة لا جملة السلم، ونحا ابن محرز أنه يجعل في الثلث الجميع. اهـ.

انظر. التنبيهات المستنبطة، ص: 1/1457، ومابعدها.

قال أبو بكر: معناه أنه أقاله ثم مات مكانه(1).

قال ابن القاسم: وإن ابتعت طعاماً بنقد؛ لم تجز فيه إقالة، أو شركة، أو تولية قبل قبضه على تأخير الثمن فيعود بيعاً، ولو ابتعته بثمن مؤجل لم تتعجل الثمن في ذلك كله ولكن إلى أجله؛ وذلك كله جائز لك بعد استيفائك؛ لأنه بيع مؤتنف(2).

قال في المختصر: ومن ابتاع طعاماً بثمن إلى أجل؛ فلا بأس أن يشرك في بعضه إذا أخر الثمن إلى أجله.

وقال ابن حبيب: لا تجوز الشركة والتولية في طعام اشتري بثمن مؤجل وتجوز فيه الإقالة، وقاله ابن القاسم وأشهب، ولا يجوز في الطعام الغائب [تشتريه] شركة ولا إقالة ولا تولية، قاله مالك؛ لأنه يدخله الدين بالدين.

قال ابن القاسم: ولو وليت رجلاً، أو أشركته بعد أن قبضته ولم تشترط النقد؛ فليس لك أخذه بالثمن إلا إلى الأجل الذي ابتعت إليه، ولا بأس أن توليه أو تشركه بعد قبضك الطعام على التصديق في كيلك وله أوعليه المتعارف من زيادة، أو نقص، وإن كثر ذلك؛ رجع بحصة النقصان من الثمن عليك ورد كثير الزيادة، وإذا أشركته فيه؛ فضمانه منكما وإن لم يكتله.

قال سحنون: وقد اكتلته أنت قبل أن تشركه.

قال ابن القاسم في المستخرجة: وإن قبضت بعض طعام أسلمت فيه فوليت رجلاً ما قبضت منه وما لم يقبض؛ لم يجز؛ لأنه إنما رضي بالذي لم يقبض بما أعطيته مما قبضت.

ابن حبيب: وإن وهبت طعاماً لك من سلم لرجلين؛ جاز لكل واحد منهما أن يقيل من حصته ولا يقيل من بعضها.

قال ابن القاسم: ولا بأس أن تولي [برأس] طعام لك من سلم، أو عروض بحصة ذلك من الثمن(3).

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 51 و52.

(2) انظر: المدونة: 6/ 373.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 46، وما بعدها.

ومن الثاني: ولا يقبل من بعض ذلك قبل قبضه إن أسلمت فيه عيناً، وهو بيع وسلف وبيع الطعام قبل قبضه ولو لم يغب على الثمن؛ جاز قبل [التفرق ولو...] أسلمت فيه ثياباً ثم أقلت من نصفه، فإن أخذت نصف الثياب بعضها لم... لبدو عيب؛ فذلك جائز افترقتما أم لا قبل الأجل وبعده، وكذلك الحيوان والرقيق ولا... تغير الأسواق والعرض يعرف بعينه والعين لا يعرف فصار سلفاً رده مع...[1].

قال ابن القاسم:... فيمن أسلم ثوبين في طعام فأقاله من أحدهما بنصف الطعام، فإن كان معتدلين... جائز فإن أسلمت في طعام فأعطاك عند الأجل، أو قبله رأس المال وجميع الطعام، أو رأس المال، أو نصفه قبل الأجل وإرجاء الطعام إلى أجله؛ لم يجز ذلك كله، وإن كان رأس المال عيناً وما لا يعرف بعينه وقد افترقتما وما لم يدخله في إقالة الطعام بيع وسلف، أو زيادة، أو نقص؛ فهو جائز، حل الأجل أو لم يحل، تفرقا، أو لم يتفرقا[2].

وإذا قبضت [(م: 189/أ)] من غريمك طعاماً من سلم بغير البلد بعد محله على أن أعطاك كراء المسافة؛ لم يجز ودخله بيعه قبل قبضه وطرح ضمان بزيادة ولك اتباعه بطعامك وترد عليه طعامه بموضع قبضته منه وما قبضت من الكراء.

وإن أسلم رجلان إلى رجل في طعام، أو عرض؛ جاز أن يقيله أحدهما، إلا أن يكونا متفاوضين فيما أسلفا فيه من عرض، أو طعام خاصة، أو في جميع أموالهما؛ فلا يجوز؛ لأن ما أقال منه، أو أبقى بينهما، وكذلك إن ولا... حصته ولا حجة لشريكه عليه في إقالة[3]، أو

---

(1) انظر: المدونة: 6/355 و356.

(2) انظر: المدونة: 6/354 و355.

(3) عياض: وقوله: (وليس للشريك على شريكه حجة)؛ يعني في الدخول عليه فيما اقتضى من رأس ماله، كما فسره بعد هذا من قول مالك في الكتاب أيضا.

وقد كثر كلام أئمتنا على هذا، واختلفوا في تعليله؛ هل هو من باب الاقتضاء فمنع لعلة تفسد الإقالة، وهو مذهب الفضل بن سلمة وأبي محمد بن أبي زيد على اختلافهم في العلة، وعليه تأول فضل إنكار سحنون المسألة.

وقيل: ليس من باب الاقتضاء؛ لأن هذا لم يقبض من دينه شيئا، بل أخذ رأس ماله، وإنما هو من باب المعروف وشبه التولية وهو مذهب القابسي وغيره. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1451.

تولية إن لم يفاوضه، وإنما حجته على البائع[1] ولا يرجع فيها أخذ شريكه ولا يتهم البائع أن يبيع من أحدهما على أن يسلفه الآخر[2].

سحنون: لا تجوز إقالته إلا بإذن الآخر كما لا يقتضى إلا بإذنه[3].

وكذلك إن كان رأس المال في الطعام ثوباً، أو غيره ولم يتغير في عينه ويكون شريكاً فيه.

وإن أسلم رجل إلى رجلين في طعام فأقاله أحدهما، فإن لم يكن شرط حمالة أحدهما بالآخر أيهما شاء أخذ بحقه؛ فذلك جائز؛ لأنه لا يتبع كل واحد منهما إلا بحصته، ولو شرط ضمانهما؛ لم تجز الإقالة؛ إذ الحق كأنه على واحد، فأقاله من بعضه، وإن أسلمت في طعام سلماً فاسداً؛ رجعت برأس مالك، ولك أن تأخذ به من البائع ما شئت من طعام، وغيره سوى الصنف الذي أسلمت فيه من الطعام ، ولا تؤخره ويجوز أن تؤخره برأس المال بعينه، أو تأخذ بعضه وتضع عنه بعضه.

قال ابن حبيب: ولو فسخه بينهما السلطان جاز أن يأخذ برأس ماله مثل ما أسلم

---

(1) عياض: وقوله: (وإنما الحجة فيها بين شريكه وبين البائع).

حكى القاضي أبو الأصبغ عن أبي مروان بن مالك أن القرشي التيمي وابن الأصبغ الأمي كانا يقولان: الحجة هٰهنا هي العهدة، وحكى مثله عن أحدهما عن ابن المكوي.

قال أبو الأصبغ: وأخبرني أبو مروان وأبو المُطرِّف بن سلمة عن أبي بكر بن زهر أن الحجة التي بين الشريك والبائع قوله له: لم يكن مذهبك في البيع من صاحبي، وإنما عقدت مع صاحبي ذلك، لتسهلا علي معاملتك حتى تنعقد، ثم تحله كما فعلت.

وقال غير هؤلاء: الحجة أن يقول الشريك للبائع: لو لم نقله لم يقبض شيئا إلا ودخلت فيه معه إذا كان طعامنا عليك بحق واحد، وربما أفلست فلم أجد ما آخذ منك، وهذا قد تخلص فلم تحسن فيما فعلت وأسأت، ومعنى هذين الوجهين أن لهما متكلماً وملاماً لا حجة حكم وقضاء، ومذهبه هنا في جواز الشراء على حمالة البائعين بعضهم من بعض وفي البيوع الفاسدة خلافه، وأنه لا يجوز.

وقد قيل: إن كان الأنصباء متساوية جاز، وهناك تمام المسألة. ومسألة ويبة وحفنة تقدمت. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1452 و1453.

(2) انظر: المدونة: 6/357 و358.

(3) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 3037.

فيه نقداً[1].

---

(1) عياض: قوله: (فيمن أسلم في حنطة سلماً فاسداً: يجوز أن يأخذ منه غير الحنطة إذا قبض ذلك ولم يؤخره ووقع له بعد هذا يجوز أن يأخذ برأس ماله سوى ذلك الصنف الذي أسلم فيه).
فاختلف المفسرون في ذلك هل الحكم للفظ الأول أو للآخر ؟
فذهب الفضل بن سلمة، وابن أبي زمنين وغيرهما أن الحكم للفظ الأول، وأن معناه أن يأخذ ما شاء ما لم يأخذ الشيء الذي أسلم فيه بعينه، فإن أسلم في سمراء جاز له أخذ محمولة وشعير وغير ذلك، وإنما لا يجوز له أخذ السمراء نفسها إذ كأنهما لم يفسخا سلمهما الفاسد، وهكذا في كتاب محمد وابن حبيب، وحجتهم أنه متى خالف الشيء المسلم فيه في صفته واسمه صح فعلهما، ولم يتهما على تصحيح سلمهما وإن كان جنساً واحداً يجوز اقتضاء بعضه من بعض في السلم؛ إذ لا يجبر المسلم إذا دفع إليه على قبضه إلا برضاه.
واختلفوا إذا أخذ سمراء أجود أو أدون من المسلم فيها:
فأجاز ذلك اللخميّ، ومنعه ابن محرز.
وذهب الإبياني في آخرين إلى أنه لا يأخذ سمراء من محمولة ولا محمولة من سمراء ولا شعيراً من بر؛ لأنها صنف واحد، تعلقا... بقوله: سوى الصنف الذي أسلم فيه، ولأنه صنف واحد يضاف بعضه إلى بعض، ولما في كتاب أبي الفرج وابن حبيب لعبد الملك أن اختلاف المتبايعين في القمح والشعير والسلت ليس باختلاف في الأنواع، وإن كان... هذا بعيدا.
وفيها قول ثالث خرجه اللخميّ على قول مالك وابن القاسم وأَشْهَب في كتاب محمد أنه يجوز أن يأخذ منه مثل ما كان له سواء.
وقاله ابن حبيب إذا فسخه السلطان، فله أن يأخذ برأس ماله مثل ما أسلم فيه نقدا.
ثم اختلف على هذا، هل هو فيما اجتمع على فساده أو اختلف فيه أو فسخ بحكم أو تراض ؟
فذهب أَشْهَب أن ذلك كله سواء إذا تفاسخاه، وأشهدا عليه أو فسخه السلطان، وعليه حمل بعضهم مذهبه في الكتاب.
وضعف هذا محمد إلا أن يفسخه السلطان. قال بعض القرويين: فإذا لم يفسخ ما اختلف فيه بإشهاد أو حكم لم يجز أن يأخذ عن الطعام طعاماً اتفق أو اختلف، ولا يجوز أن يأخذ إلا ما يجوز أن يأخذ في السلم الصحيح؛ لتهمتهما، ولا يؤخر على هذا بعض رأس المال، ويأخذ بعضه ويدع بعضه، خلاف ظاهر ما ذهب إليه... في الكتاب.
قال بعض شيوخنا الأندلسيين: ولا يختلف في هذا، ولا خلاف عندهم أن هذا كله جائز بعد فسخ السلطان في غير الجنس.
واختلف في أخذه الجنس على ما تقدم: وبجوازه في الجميع، وفي صفة ما سلم فيه.
قال ابن لبابة على ما في كتاب ابن حبيب، ومنعه في كل وجه من الجنس والصفة، وهو ظاهر المدونة
=

وإن أسلمت في طعام على أن تقبضه بالفسطاط؛ لم يجز أن تقبضه بغيرها، وتأخذ كراء المسافة وكأنك بعته قبل قبضه وأسقطت الضمان على مال تعجلته، فإن فعلتما ذلك؛ رددت الكراء ومثل الطعام بموضع قبضته إن فات واتبعته بطعامك بمصر[1].

وإذا [استزدت] البائع بعد تمام السلم أرادب معجلة أو مؤجلة إلى أجل السلم أو بعده جاز وكأنه في العقدة[2].

ومن الثالث[3]، ومن الأجل: وكل طعام، أو شراب أقرضته؛ فلا بأس أن تبيعه...[4]لا بأس أن تبيعه من الذي هو عليه إذا حل الأجل بما شئت من الأثمان نقداً، إلا أن يكون صنف ذلك الطعام؛ فإنك لا تأخذ إلا مثل صفته ولا تأخذ أكثر كيلاً منه، ولا بأس أن تبيعه منه، أو من غيره قبل الأجل بكل شيء نقداً عدا سائر الطعام

= والأصول كما تقدم.

والثالث: التفريق بين الصنف والصفة، فيجوز محمولة من سمراء، وشعيراً من قمح، ولا يجوز محمولة من محمولة، ولا سمراء من... سمراء.

ثم اختلف: هل يأخذ منه دراهم إن كان رأس المال ذهباً... وبالعكس ؟

فعند محمد عنه أنه لا يجوز؛ فحمله بعضهم على الأصل في المسألة من أنه لا يجوز أن يأخذ ما لا يسلم فيه رأس المال.

وقال: إنه لا يختلف في هذا في جميع الوجوه كلها كان الفسخ بحكم أو بغير حكم مما اتفق عليه أو اختلف فيه، وإلى هذا ذهب شيخنا القاضي أبو الوليد ابن رشد:.

وذكر الشيخ أبو محمد عبد الحق أن الخلاف في قبض بعض ذلك من بعض في المسألة جار على الخلاف في الأصل وحكي عن مالك إجازته في كتاب أبي الفرج ومحمد، وخرجه غيره من العتبية أيضاً وإليه ذهب أبو القاسم بن الكاتب وغيره. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1407، ومابعدها.

(1) انظر: المدونة: 6/315، وتهذيب البراذعي: 3/41 و42.

(2) انظر: المدونة: 6/353، وتهذيب البراذعي: 3/59.

(3) انظر: المدونة: 6/383.

(4) في تهذيب البراذعي: 3/148: (... فلا بأس أن تبيعه منه، أو من غيره قبل الأجل بكل شيء نقداً، عدا سائر الطعام والشراب والإدام كله؛ لأنه بيع الطعام بالطعام إلى أجل)، ولفظ المدونة: (قال: نعم لا بأس به أن تبيعه منه قبل محل الأجل بجميع السلع عند مالك ما حاشا الطعام والشراب كله فإذا حل الأجل فلا بأس أن تبيعه).

والشراب والإدام كله و...[1] بعد محله هذه الدراهم... بها مثل طعامك؛ لم يكن به بأس[2].

ولا بأس ببيع الماء قبل قبضه كان من بيع أو قرض.

وما عدا الطعام والشراب من كل شيء في باب الكفيل، وباب الأخذ من الطعام طعاماً من معاني هذا الباب، وذكر المقاصة والحوالة في اختصار الآجال. [(م: 189/ب)]

جامع ما يحل ويحرم في العرض قبل قبضه أو بعد من إقالة أو تولية أو بيع أو شركة وهو معين أو مضمون وما يدخل في ذلك من معاني الدين بالدين والبيع والسلف وتعجيل الدين على حطيطة أو زيادة ونحو ذلك

وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وسلف[3]، وعن الدين بالدين[4]، ومما يعد من أبواب الربا التأخير بدين على نفع، أو زيادة، أو الوضع منه على أن تتعجله، أو تتعجل أزيد منه على أن يسقط عن غريمك ضمانه، أو يقبل من المضمون على أن تأخذ من صنف رأس مالك أفضل منه لما جرى من هذا وشبهه بين المتعاملين حرم.

ومن الثالث: ولما ابتعته، أو أسلمت فيه من الحيوان، أو رقيق، أو عرض من

---

(1) في تهذيب البراذعي: (...ولا بأس أن تبيعه من الذي هو عليه إذا حلّ الأجل بما شئت من الأثمان أو بطعام أكثر من كيل طعامك نقداً، أو بصبرة تمر أو زبيب).

(2) انظر: المدونة: 7/37 و38، وتهذيب البراذعي: 3/148.

(3) أخرجه مالك في الموطأ: 2/657، في باب السلف وبيع العروض بعضها ببعض، من كتاب البيوع، برقم: 1339، وأخرجه ابن حبان في صحيحه: 10/161، في باب باب الكتابة، من كتاب العتق، برقم: 4321.

(4) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: 5/290، في باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين، من كتاب البيوع، برقم: 10319، وعبد الرزاق في مصنفه: 8/90، في باب أجل بأجل، من كتاب البيوع، برقم: 14440، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

العروض على عدد، أو كيل، أو وزن؛ فلا بأس أن تبيع ذلك قبل قبضه من غير بائعك بمثل رأس مالك، أو أقل، أو أكثر نقداً، أو بما شئت من عين، أو عرض، أو طعام إلا أن تبيعه بمثل صنفه؛ فلا خير في ذلك[1].

وقال في الجزء الثاني: فإن بعت ذلك من رجل بما يجوز لك، وانتقدت ثم فلس من ذلك في ذمته؛ فليس للمبتاع منك رجوع عليك، وله اتباع بائعك ومحاصة غرمائه[2].

ومن كتاب ابن المواز، وابن حبيب: وكل دين لك بعته بما يجوز لك بيعه، فإنما يجوز ذلك إن كان الذي هو عليه حاضراً مقراً، أو كان قريب الغيبة يعرف ملاؤه من عدمه، وكذلك كل ما وليت من مضمون ابتعته، إلا في الطعام من بيع، أو تولية؛ فلا يجوز إلا بحضرة الذي هو عليه حتى يحيل عليه وإلا لم يجز[3].

ومن الثالث: ولا بأس أن تبيع ذلك النسلم إن لم يكن طعاماً ممن هو عليه بمثل الثمن فأقل نقداً قبل الأجل، أو بعده؛ إذ لا يتهم أحد في أخذ قليل من كثير، واتقاه ابن أبي سلمة أن يأخذ أقل، وأما أكثر؛ فلا يجوز بحال، ولو كان رأس مالك عرضاً؛ فلا تبتعه منه بشيء من العروض، إلا بما يجوز أن يسلم فيه ما دفعت وتتعجله[4].

محمد: أو تأخذ مثله أو أدنى منه.

قال ابن القاسم في كتاب الصرف: وإن ابتعت منه عرضاً بثمن إلى أجل فأعطاك بعد الأجل من صنفها مثلها في عدد وصفة، أو أقل؛ فذلك جائز، ولا يجوز أرفع، أو أكثر[5].

ومن الثالث: ومن كان لك عليه عروض مؤجلة من بيع؛ فلا تأخذ قبل محلها من صنفها أقل عدداً، أو أكثر؛ أفضل صفة، أو أردى، أو مثل العدد أردى صفة، أو أرفع،

(1) انظر: المدونة: 6/382 و383.

(2) انظر: المدونة: 6/373.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/371.

(4) انظر: المدونة: 6/384.

(5) انظر: المدونة: 6/171.

ولا بأس بذلك بعد الأجل نقداً، أو مثل العدد أردأ صفة؛ أوأرفع، ولا بأس بذلك بعد الأجل نقداً، ولا بأس أن تأخذ قبل الأجل ما يجوز أن تسلمه فيها ما لم يكن من صنف رأس مالك؛ فلا تأخذ إلا مثله صفة ومقداراً[1].

وإن أسلمت عبداً في ثياب؛ فلا تأخذ فيها عبدين من صنف عبدك.

وما ابتعت على جزاف، أو وزن من حديد، أو حناء، أو غيرها، أو على كيل من نوى، أو غيره؛ جاز أن تبيعه بأقل من الثمن، أو بأكثر نقداً من غير بائعك وتحيله به عليه.

وكذلك العطر والأدهان وكل العروض، وما ابتعت من ذلك كله على النقد؛ جاز أن تبيعه من بائعك بأكثر من الثمن، أو أقل [(م: 190/أ)] وإنما يكره هذا بين أهل العينة[2].

ومن الثاني: وإن أسلمت في ثياب فزدته قبل الأجل دراهم نقداً، على أن زادك في طولها؛ جاز؛ لأنها صفقتان، كما لو دفعت إليه غزلاً ينسجه ثوباً ثم زدته في الأجر على أن يزيدك في طول، أو عرض[3].

قال سحنون: لا يجوز في السلم، وأخاف أن يكون ديناً بدين[4].

ويجوز في الإجارة؛ لأنه شيء بعينه والسلم مضمون.

قال ابن القاسم: وإن زدته في البيع بعد الأجل على أن أعطاك أطول من الثياب، أو أرفع من صنفها، أو من غير صنفها نقداً؛ فذلك جائز، ولا يجوز أن يأخذ أدنى ويسترجع بعض الثمن، فيصير بيعاً، وسلفاً إن كان الثمن عيناً، أو ما لا يعرف بعينه وقد غاب عليه.

وإن كان رأس المال ثياباً واسترجعت ثوباً من صنفها وأخذت بعض السلم؛ لم يجز، فإن استرجعت ثوباً منها بعينها، أو عرضاً مخالفاً لها وقد حل الأجل؛ جاز أخذت

---

(1) انظر: المدونة: 6/384.

(2) انظر: المدونة: 6/386.

(3) انظر: المدونة: 6/351.

(4) انظر: التبصرة، اللخمي، ص: 3029.

جميع سلمك على صفته، أو أخذت بعضه في صفته، أو دون صفته، ولا يجوز أن يعطيك جميع سلمك، أو بعرضه بصفته ويرد عليك رأس مالك، أو بعضه إن غاب عليه وهو مما لا يعرف بعينه، وإن لم يغب عليه؛ فجائز.

وكذلك إن أقلته من البعض، أو أعطاك بعض رأس المال وأبقي سلمك عليه بوفره إلى أجله؛ لأنه لم يغب على الثمن فيصير سلفاً وبيعاً في هذا، وأما في أخذك لجميع رأس مالك مع جميع السلف فتدخله الزيادة في السلف؛ إذ كنتما قد افترقتما، وإن بعته عبداً بعبد ثم ماتا، أو أحدهما؛ لم يجز أن يتقايلا.

وكذلك في حدوث العيب إلا أن يتقايلا بعد علمهما بذلك العيب، وكل ما ابتعته مما يكال، أو يوزن من طعام، أوعروض وقبضته فأتلفته؛ فجائز أن يقيل منه وترد مثله بعد علم البائع بهلاكه وبعد أن يكون المثل حاضراً عندك، حالت سوقه، أو لم تحل وتدفعه إليه بموضع قبضته منه، وكذلك الغصب[1].

ومن الثالث: وإن أسلمت في ثياب عينا، أو ما لا يعرف بعينه؛ فلا يقيل من بعضها، فيصير بيعاً وسلفاً ويدخله مع ذلك في المعين فضة نقداً بثياب وفضة إلى أجل، وكذلك إن أسلمت في سائر العروض والطعام مع ما في الطعام من بيعه قبل قبضه[2].

والإقالة في الكراء بعد أن تسير بعض الطريق، أو تسكن بعض المدة مذكور في الأكرية[3]، إلا أن الراحلة بخلاف المساكن.

وإن أسلمت ثياباً في حيوان فقطعها؛ جاز أن تقيله من نصف الحيوان بنصف ثيابك مقطوعة قبل الأجل، أو بعده، أو تأخذ جميعها إقالة من جميع الحيوان، أو يزيدك معها شيئاً زادها القطع، أو نقصها إذا تعجلت ما أعطاك، ولا يجوز أن تأخذ مثلها من صفتها، وزيادة ما كانت[4].

---

(1) انظر: المدونة: 6/349، وما بعدها.

(2) انظر: المدونة: 6/367.

(3) انظر: المدونة: 8/222.

(4) انظر: المدونة: 6/367 و368.

ولو أسلمت ثوباً في حيوان فأقلته على أن أخذت ثوبك وقد دخله عيب أم لا وزيادة معه عيناً، أو عرضاً من صنفه، أو من غير [(م: 190/ب)] صنفه، أو حيوان من جنس السلم، أو غيره إذا حل الأجل؛ فذلك كله جائز، فأما قبل محله؛ فهو كله يجوز إلا أن يزيدك من صنف ما أسلمته فيه؛ فلا يجوز.

ولا بأس أن تأخذ منه ثوبك ببعض سلمك، وترجع بقيته إلى أجله، ولا يجوز أن تتعجله ولا أن تؤخره بعد أجله، ولا يجوز الوضع من الدين على تعجيله؛ كان من بيع، أو قرض؛ كان عيناً، أو عرضاً، أو حيواناً، أو طعاماً.

وأما الأخذ قبل الأجل أجود صفة في عرض، أو عين؛ فجائز في العروض إن كانت من قرض، وأما في العين؛ فجائز؛ كان من بيع، أو قرض؛ لأن له تعجيله من بيع كان، أو قرض، وله تعجيل العروض من قرض خاصة، ولو كانت من بيع؛ لم يجز؛ إذ ليس له أن يعجلها فتدخله زيادة على طرح ضمان، ولا يدخل ذلك القرض، وأما تعجيل الأدنى فيدخله ضع، وتعجل في البيع والقرض في العين والعروض(1).

قال: ولا بأس أن يشرك في سلعة رجلاً قبل نقدك فمنها، ولا يجوز أن تشركه على أن ينقد عنك، قبضتها أم لا؛ لأنه بيع وسلف في العروض، أو الطعام، وإن ابتاع رجلان عبداً، فقالا لرجل سألهما الشركة: قد أشركناك، فإن العبد بينهما أثلاثاً.

وإن أشركت رجلاً في سلعة بعينها، فهلكت قبل قبض المشرك، أو قبل قبضك أنت لها، أو كان طعاماً قد أكلته في سفينة قبل أن تشركه فغرقت بعد أن أشركته قبل أن تقاسمه؛ فذلك منكما(2).

---

(1) انظر: المدونة: 6/368، وما بعدها.

(2) انظر: المدونة: 6/370، وما بعدها.

عياض: وقوله: (من اشترى طعاما فاكتاله في سفينة، فقال له رجل: أشركني ففعل ثم غرقت السفينة، هلاكه منهما)، وقد أنكر سحنون هذا.

وحكى فضل في التولية أنها من المولي حتى يكتاله، فكذلك ينبغي أن تكون من المشرك وعليه حمل إنكار سحنون للمسألة.

قال أبو عِمرَان: ولا نعرف هذا إلا من فضل، ومذهب ابن القاسم أنه من المولي؛ إذ بنفس العقد =

وإن وليته سلعة لم تسمها ولا ثمنها، أو سميت أحدهما، فإن كنت ألزمته إياها؛ لم يجز لخروج ذلك من المعروف إلى الغرر والتكايس، ويجوز على غير إلزام، وله الخيار إذا رآها وعلم الثمن، كان الثمن عيناً، أو طعاماً، أو عرضاً، أو حيواناً، وعليه مثل صفة العرض بعينه، أو الحيوان ونحوه.

وإن وليته إياها فرضي، ثم أعلمته أنه عبد فرضي، ثم سميت له الثمن، فلم يرض؛ فذلك له، وهذا من ناحية المعروف يلزم المولي، ولا يلزم المولى حتى يرضى بعد الرؤية وعلم الثمن.

فأما لو باعه عبداً عنده لم يصفه ولا أراه المبتاع؛ لم يجز ذلك ولا ألزم البائع البيع، وأجعل المبتاع مخيراً بخلاف التولية التي هي معروف ولا بد في البيع من صفة، أو رؤية من المبتاع تقدمت من وقت لا تحول السلعة فيه، أو يشترط أنه مخير إذا رآها؛ فيجوز

دخل في ضمانه كمشتري الصبرة جزافا.
قال ابن محرز: وما هنا يدل أن أجرة الكيل على المولي.
قال أبو عِمرَان: أجرة الكيل تقاس على العهدة؛ فحيث تكون على البائع هي عليه، وحيث تكون على المشتري هي عليه، وإذا وجدت على المولي والمشرك فهي عليه. وقد اختلف في كتاب محمد في أجرة الكيل؛ هل هي على البائع أو على المشتري ؟وقال ابن شعبان: أجرة الكيل والوزن في المبيع على البائع، وفي الثمن على المشتري، وهذا موافق للقول: إنه على البائع؛ إذ كل واحد منهما بائع لشيئه من صاحبه.
وقد سوى في الكتاب بعد هذا في باب التولية بينها وبين الشركة في وجود النقص وقال: (على المولي نقصانه وله زيادته إذا كان من نقصان الكيل وزيادته، وليس ذلك للذي ولى).
وإن كان كثيراً وضع عنه بحسابه، ولم يكن عليه ضمان ما انتقص، والزيادة للذي ولى.
قال: والشركة فر مثله.
قال فضل: انظر سوى بينهما في النقص الكثير، وقد قال قبل في الشركة: لو تلف الطعام قبل قبض المشرك كان منهما. له: (ويرجع على صاحبه بنصف الثمن الذي نقده في الطعام)؛ دليل على أن المسألة عنده على ما قال من ضمان المشرك نقد أو لم ينقد، وأنها بخلاف المحتبسة بالثمن لما كانت الشركة معروفاً، وإليه ذهب بعضهم.
وذهب آخرون إلى أن الهلاك ببينة، ولو كان بدعواه لجرى فيه الأمر على الخلاف في المحتبسة بالثمن وهذا ضعيف. اهـ.
انظر التنبيهات المستنبطة، ص: 1/1460، وما بعدها.

ذلك إذا لم ينقد ثمن السلعة[1].

ومن الشفعة: ولا تجوز التولية في البيع الفاسد؛ لأن الأول إن كان ابتاع على أن أسلف؛ فقد دخل الثاني مدخله.

ولو قال له: قامت عليّ بمائة؛ كان كاذباً، ويرد البيع إلا أن تفوت السلعة بين المبتاع الأول؛ فعليه الأقل من قيمتها، أو من الثمن[2].

ومن المرابحة: وإن أشركت في سلعة، أو وليتها ثم حطك بائعك من الثمن ما يشبه استصلاح البيع؛ فإنك مجبور أن تضع عن من أشركته، ولا يلزمك ذلك فيمن وليته إلا أن تشاء أنت ذلك؛ فيلزمه البيع، فإن لم تحطه شيئاً؛ فهو مخير في أخذها بجميع الثمن، أو ردها عليك.

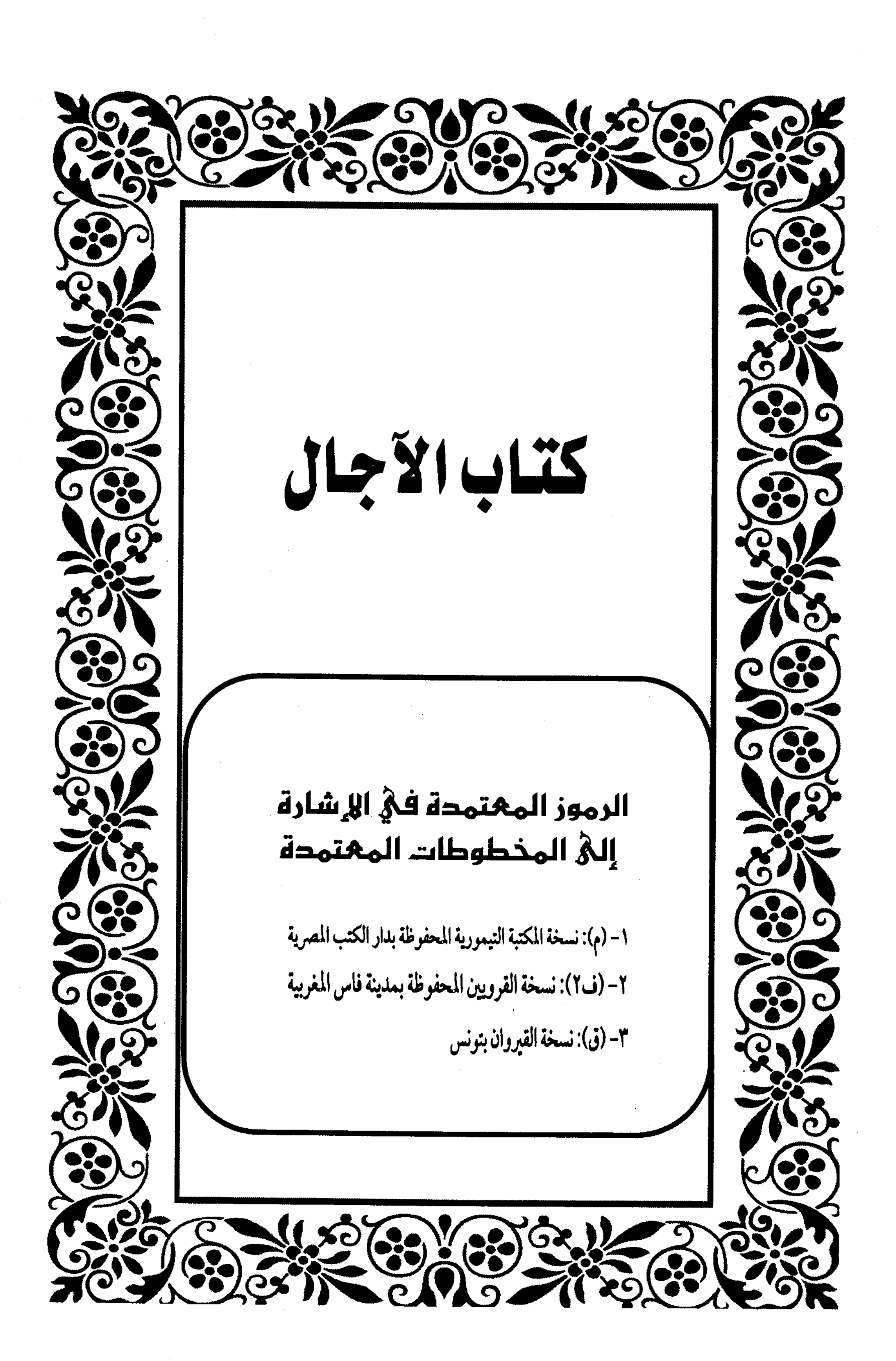
وكذلك إن بعتها مرابحة، ولو حطك جميع الثمن [(م: 191/أ)] أو نصفه مما يعلم أنه لغير البيع؛ لم يلزمك أن تحط لذلك شيئاً في الشركة ولا لمن بعت منه مرابحة، أو وليته، وليس عليك رجوع بشيء ولا خيار لهما[3].



(1) انظر: المدونة: 6/374، وما بعدها.

(2) انظر: المدونة: 9/433.

(3) انظر: المدونة: 7/199 و200.



كتاب الآجال

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١- (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية

٢- (ف٢): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٣- (ق): نسخة القيروان بتونس



كتاب الآجال[1][2]

جامع القول في بيوع الآجال

روى ابن وهب رَحِمَهُ اللَّهُ أن أم ولد لزيد بن الأرقم ذكرت لعائشة أنها باعت من زيد عبداً بثمانمائة إلى العطاء، ثم ابتاعته منه بستمائة نقداً، فقالت عائشة: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت، أبلغي[3] زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب[4].

وفي الحديث غير هذا، ولم تطلق هذا عائشة إلا وتحريم ذلك عندها سنة، والله أعلم[5].

---

(1) قوله: (كتاب الآجال) يقابله في (م): (اختصار الآجال والبيوع الفاسدة).

عياض: بيع الآجال في عرف الفقهاء: هو كل ما أُجِّل الثمن فيه، ولو كان المثمون مؤجلا والثمن نقداً كالسلم لم يطلقوا عليه هذا الاسم وإن كان حكمه حكم الأول في القضايا الفقهية. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1543.

(2) قوله: (بسم الله الرحمن الرحيم... كتاب الآجال) ساقط من (ق).

(3) في (م): (أبلغ).

(4) انظر: المدونة: 9/7.

والحديث أخرجه عبد الرزاق: 185/8، في باب الرجل يبيع السلعة ثم يريد اشتراءها بنقد، من كتاب البيوع، برقم: 14813، والدارقطني في سننه: 52/3، من كتاب البيوع، برقم: 211، والبيهقي: 330/5، في باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل، من كتاب البيوع، برقم: 10580.

(5) عياض: وقول عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: "بئس ما شريت وبئس ما اشتريت"، قيل: هو بمعنى واحد على التأكيد والنكران، يقال: شرى واشترى بمعنى واحد.

وقيل: هو بمعنيين، وأن شريت بمعنى بعت، أي: صار الأمر فيما بعت واشتريت إلى الربا، وقد يحتج به من يرى فسخ البيعتين.

وقد روي: بئس ما شريت أو بئس ما اشتريت على الشك من الراوي، وقيل فيه غير هذا مما ذكر في الشروح.

وضعف بعض الشيوخ هذا الخبر لما فيه من قولها: أبطل جهاده، وظاهره إبطال الذنوب للأعمال والطاعات، وهو خلاف نص كتاب الله وحديث نبيه محمد ﷺ ومذهب جماعة أهل السنة. ووجه =

وقد دلت السنة أن تحريم ما جرَّ إلى الحرام، كتحريم قصده، كما لعن الرسول ﷺ اليهود، إذ أكلوا ثمن ما نهوا عن أكل عينه[1]، وجعل مبتاع صدقته =

تأويل قولها عندي على هذا موضوع كلام العرب ومجاز لفظها أنها سميت مقاومة هذا الذنب من مثله، والاقتداء به فيه، واستنان من يقلده ممن يأتي بعده يفعله وجعله حجة بين الله ونبيه، وأن مجموع هذا يرجح في الميزان جهاده مع النبي ﷺ الذي هو عنده أوثق أعماله وأرجحها في ميزانه؛ إذ كان زيد غزا مع النبي ﷺ سبعة عشر غزوة وهو عدد... غزواته ﷺ، فكانت من أفضل ذخائر زيد وأعظم حسناته عنده، وإن كان لا يظن بزيد قصده ما لا يجوز من ذلك، وإن كان لم يرد في الحديث إخبار زيد عن نفسه بتلك البيعتين وإنما هو شيء ذكرته عنه أم ولده، وهي أم محبة - بضم الميم وكسر الحاء وباء بواحدة - واستدل بعض شيوخنا بحديث عائشة ؓ على منع الربا بين السيد وعبده على ظاهر قوله: (أم ولد زيد).

وقد يحتمل أنه بتل عتقها فلا يحتج به في ذلك وتكون فيه حجة من فعل زيد إن كان لم يبت عتقها على جواز الربا بين السيد وعبده، وإن كان بتله على ترك اعتبار الذرائع على ما رآه المخالف لنا، وأنه لا يحل الظن بمسلم ذلك، ولا أن زيدا قصد هذه الحيلة لاستجازة الحرام من بيع ستمائة بثمانمائة والتحلل من ذلك بإظهار البيعتين، بل إن كل عقد منهما مقصوداً.

والثاني: مستأنف غير مبني عليه أولاً، ولا يلتفت إلى الذريعة فيه على رأي من يلتفت إليها إذا لم يقصد، ثم إذا وقعت مثل هذه البياعات الفاسدة في الآجال، فاشترى نقدا بأقل مما باع به إلى أجل، هل تنفسخ البيعتان على ظاهر قول عائشة ؓ؟ - وهو قول عبد الملك بن الماجشون - قائمة كانت السلعة أو فائتة، أم تنفسخ الآخرة وحدها؟ - وهو قول ابن القاسم - ما كانت السلعة قائمة.

فإن فاتت السلعة فسخ البيعتان جميعا، وهو تأويل ابن عبدوس على قول ابن القاسم فيما حكاه عنه بعض الشيوخ، وهو قول سحنون. وهو عند آخرين قول ابن القاسم عند ابن عبدوس، حكاه عنه فضل وابن أبي زمنين، وذكر مثله عن ابن كنانة إنما ينفسخ البيعان إذا كانت القيمة أقل من الثمن الأول ولم يكن للبائع إلا ما دفع إليه، فكأنها إقالة، فإن كانت القيمة مثل الثمن فأكثر فسخت الآخرة وقضينا بالقيمة وقاصَّه، فإذا حل الأجل أخذ الثمن؛ إذ لا تهمة هنا.

وفي سماع سحنون في العتبية قول ثالث: أنه إنما تفسخ الثانية مثل ما تقدم ويقضى بالقيمة، فإذا حل الأجل أخذ الثمن لا غير إن كان أقل من القيمة، فإن كان أكثر قضي عليه بالقيمة، ولم يكن له على البائع غيرها إذا حل الأجل؛ لئلا يأخذ دنانير في أقل منها.

وفيها قول رابع لمحمد بن مسلمة: يفسخ البيع الآخر إذا كان قائما، فإن فات مضى، وسحنون يَرى الفوات تغيُّر الأسواق فأعلى، وغيره لا يرى ذلك عليه إلا بالعيب المفسد. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1546، وما بعدها.

(1) عن جابر بن عبد الله ؓ: أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة: إن الله ورسوله =

كالراجع فيها[1]، ومنع القاتل الميراث[2].

وقد رويَ النهي عن الجمع بين مفترق والتفريق بين مجتمع خشية الصدقة[3]، فمثل هذه الوجوه التي يمنع منها لجرائرها، والربا أحق ما حميت مراتعه.

وقد حذر الرسول عليه السلام من[4] الشبهات، وخاف على الراتع حول الحمى الوقوع فيه[5].

حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام. فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنها يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال: لا، هو حرام. ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه.

متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/779، في باب بيع الميتة والأصنام، من كتاب البيوع، برقم: 2121، ومسلم: 3/1207، في باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، من كتاب المساقاة، برقم: 1581.

(1) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول: حملت على فرس في سبيل الله فأضاعه الذي كان عنده فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه بائعه برخص فسألت عن ذلك النبي ﷺ فقال: لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم واحد فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه.

متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/925، في باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، من كتاب الهبة وفضلها، برقم: 2480، ومسلم: 3/1239، في باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه، من كتاب الهبات، برقم: 1620. ومالك: 1/282، في باب اشتراء الصدقة والعود فيها، من كتاب الزكاة، برقم: 623.

(2) صحيح، أخرجه أبو داود: 2/598، في باب ديات الأعضاء، من كتاب الديات، برقم: 4564، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

والترمذي: 4/425، في باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل، من كتاب الفرائض، برقم: 2109، وابن ماجه: 2/883، في باب القاتل لا يرث، من كتاب الديات، برقم: 2645، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(3) تقدم في كتاب الزكاة.

(4) قوله: (من) ساقط من (ف2)، وفي (م): (عن).

(5) متفق عليه، أخرجه البخاري: 1/28، في باب فضل من استبرأ لدينه، من كتاب الإيمان، برقم: 52، ومسلم: 3/1219، في باب أخذ الحلال وترك الشبهات، من كتاب المساقاة، برقم: 1599.

ولفظ الحديث: عن النعمان بن بشير يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: الحلال بين والحرام بين وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في

وقال عمر رحمه الله: آخر ما نزل آية الربا، فتوفي رسول الله ﷺ ولم يفسرها فدعوا الربا والريبة(1).

وقد نهى ابن عباس عن دراهم بدراهم بينهما حريرة(2).

ومن خالفنا في بيوع الآجال قائل بمثل ذلك.

فيمن قال لرجل: أعطني درهمك الصحيح، وأعطيك من القطع درهماً بدلاً منه ودرهماً هبة؛ أنه لا يجوز، ولم يجعل أمرهما على ما أظهرا من صحة اللفظ، لما خرجا به إلى فساد العمل.

قال ابن القاسم: ومن قول مالك(3) فيمن باع سلعة ثم ابتاعها، فإن كانت البيعة الأولى إلى أجل، نظرت ما آل إليه الأمر بعد البيعة الثانية من أبواب الربا، فأبطلته من زيادة في سلف أو بيع وسلف، أو تعجيل(4) بوضيعة، أو حط ضمان بزيادة، أو ذهب وعرض بذهب مؤجل، أو غير ذلك من المكروه، وما سلم من ذلك كله جاز، وانظر أول مخرج لذهبه [(م: 191/ب)] فإن(5) رجع إليه أكثر منها؛ لم يجز، فأما مثله فأقل فلا تهمة فيه.

قال محمد: إذا كانت البيعة الأولى إلى أجل؛ فهو من بيوع الآجال التي(6) ينظر ما آل أمرها إليه، وإن كانت الأولى نقداً فلا تبال ما كانت الثانية(7) ،وهي من بيوع النقود فلا يتهم فيها إلا أهل العينة، وإذا كان أحدهما من أهل العينة فاحملها على أنهما =

الشبهات كراع يرعى حول الحمى أوشك أن يواقعه ألا وإن لكل ملك حمى ألا وإن حمى الله في أرضه محارمه ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب

(1) انظر: المدونة: 6/236.

(2) انظر: المدونة: 7/8.

(3) قوله: (ومن قول مالك) زيادة من (م).

(4) في (ق): (تعجل).

(5) في (م): (فمن).

(6) قوله: (الآجال التي) يقابله في (ق): (الأجل الذي).

(7) في (م): (التالية).

من أهلها[1].

قال ابن القاسم: وإن[2] بعت ثوباً بدنانير أو دراهم مؤجلة؛ جاز أن تبتاعه قبل الأجل بمثل الثمن فأكثر نقداً، أو إلى أجل دون أجله، ولا يجوز بدون الثمن نقداً، أو إلى أجل دون أجله.

ولا بأس به بالثمن فأقل منه إلى أبعد من أجله وأما بأكثر منه فلا يجوز إلا على المقاصة[3] عند الأجل، وإن نقده[4] صارت ذهباً[5] في أكثر منها، وأما إلى الأجل بعينه فجائز بكل حال[6].

يريد: وإن لم يشترطا المقاصة فجائز إذا كان إلى الأجل نفسه.

ربيعة: بالثمن أو أقل منه أو أكثر[7]، يريد في مثل سكة الثمن وعيونه.

وإن بعت ثوباً بمائة درهم إلى شهر فلا تبتعه[8] بخمسين نقداً، ولا بأس به بثوب نقداً أو بطعام نقداً، ولا يجوز بثوب أو طعام إلى أجل دون أجل المائة أو أبعد منه.

وإن بعته بعشرة محمدية إلى شهر فلا تَبْتَعْه[9] بعشرة يزيدية إلى ذلك الشهر، وإن بعت عبدين بعشرة إلى شهر فلا تبتع[10] أحدهما بتسعة نقداً فيصير بيعاً وسلفاً[11] وكذلك بدينار نقداً ولو كان قصاصاً جاز ويجوز بعشرة نقداً[12].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/85.

(2) في (ف2): (فإن).

(3) في (م): (المقاصاة).

(4) في (ق): (نقدت).

(5) في (ق): (ذهب).

(6) انظر: المدونة: 7/5، 6.

(7) انظر: المدونة: 7/7.

(8) في (ق): (تبتاعه).

(9) في (ق): (تبتاعه).

(10) في (ق): (تبتاع).

(11) قوله: (بيعا وسلفا) يقابله في (ق): (بيع وسلف).

(12) انظر: المدونة: 7/11.

وإن بعت ثوباً بعشرة إلى شهر جاز أن تبتاعه بثوب نقداً من صنفه أو من غير صنف وبخمسة إلى الشهر إلا أنها عند محله تكون مقاصة.

ولو عجلت الخمسة الآن أو قبل[1] الأجل لم يجز وصار بيعاً وسلفاً[2].

ولو كان إنما بعت منه ثوبين لم يجز أن تبتاع منه أحدهما بخمسة وبثوب[3] نقداً لأنه بيع وسلف، وفضة وسلف[4] بفضة مؤجلة[5].

وإن بعت ثوباً بعشرة محمدية إلى شهر فابتعته بخمسة يزيدية إلى الشهر[6] وبثوب نقداً لم يجز، لأن ثوبك الراجع لغو، وكأنك بعت الثاني بخمسة على أن يبدل لك عند الأجل خمسة بخمسة من سكة أخرى[7]، ولا تبتعه[8] بثوب أو ثوبين من صنفه إلى دون الأجل أو إلى أبعد منه، لأنه دين بدين، والثوب الأول لغو[9].

وإن بعته بأربعين درهماً إلى شهر؛ فلا تبتعه[10] بدينار نقداً، فيصير صرفاً مؤخراً، ولو ابتعته بعشرين دينار نقداً، جاز لبعدكما من التهمة.

وكذلك بثلاثة دنانير لبيان فضلها[11] ولا يعجبني بدينارين وإن ساوياها في الصرف.

ولا تبتعه[12] بثوب ودينار نقداً؛ لأنه عرض وذهب بفضة مؤخرة وأكرهه بعرض

---

(1) في (م): (وقبل).

(2) انظر: المدونة: 7/9.

(3) في (ف1): (وثوب).

(4) في (م): (وسلعة).

(5) انظر: المدونة: 7/10.

(6) في (ف1): (شهر).

(7) انظر: المدونة: 7/11.

(8) في (ق): (تبتاعه).

(9) انظر: المدونة: 7/11.

(10) في (ق): (تبتاعه).

(11) في (م): (فضله).

(12) في (ق): (تبتاعه).

وفلوس نقداً[1].

وما بعت من سلعة بثمن مؤجل، فلا أحب أن تبتاعها لابنك الصغير بأقل منه نقداً، ولا أن يوكلك أجنبي على شرائها له بذلك، ولا يشتريها عبدك المأذون إن تجر بمالك، وإن تجر بمال نفسه فجائز.

وكذلك شراؤك [(م: 192/أ)] لما باعه عبدك هذا، ولا تبيعها أنت لمشتريها منك يسألك ذلك[2] لجهله بالبيع، إلا أن تبيعها له بمثل ما يجوز لك شراؤها به فيجوز[3].

وما باعه به[4] شريكك أو مقارضك بثمن مؤجل؛ فلا تبتعه[5] أنت بدونه نقداً[6].

وإن بعت من رجل مائة إردب محمولة بمائة دينار إلى أجل، ثم ابتعت منه قبل الأجل مائتي أردب محمولة كصفتها بمائة نقداً؛ لم يجز؛ لأنه رد إليك طعامك وزادك مائة إردب على أن أسلفته مائة دينار يريد، وكذلك لا يجوز شراؤك لأكثر من الكيل بأقل من الثمن.

ولا تشترِ[7] منه من صنف طعامك ككيله بأقل من الثمن نقداً، وإن كان مثل المكيلة فأقل بمثل الثمن فأكثر نقداً فجائز بخلاف الثياب ونحوها يبتاع منه من جنسها إذ لا يعرف الطعام لعينه[8] فمثله كعينه[9].

---

(1) انظر: المدونة: 7/12.

(2) في (م): (بذلك).

(3) انظر: المدونة: 7/18و19، والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/94.

(4) قوله: (به) زيادة من (م).

(5) في (ق): (تبتاعه).

(6) انظر: المدونة: 8/393.

(7) في (ق): (تشتري).

(8) في (ق): (بعينه).

(9) انظر: المدونة: 7/13.

عياض: وعقد هذا الباب ما أشار إليه أنه متى اشترى منه مثل كيل حنطته وصفتها بمثل الثمن

قال يحيى: وقيل في الثياب لا يجوز. سحنون يقوله في الثياب[1].

ابن القاسم: وكذلك كل مكيل وموزون من عرض أو طعام أو شراب، وإن بعت منه ثوباً فرقبياً بدينارين إلى أجل، فلا بأس أن تشتري منه قبل الأجل ثوباً في صفته وجنسه بأقل من الثمن أو أكثر نقداً أو إلى أجل وليس كرجوع ثوبك إليك، وإنما على مستهلك الثوب قيمته بخلاف ما يوزن ويكال[2].

قال[3] محمد: إذا ابتاعه بأقل من الثمن نقداً لم يجز، لأن الثوب سلف فقضاه ثوباً من جنسه وأسلفه ديناراً ليأخذ عند الأجل دينارين فهو رباً.

قال محمد: كما قال ابن القاسم: إذا أقاله من ثياب أسلمها في حيوان على أن أعطاه مثلها من جنسها وزيادة معها.

قال في كتاب السلم: وإن ابتعت عبدين في صفقة كل واحد بعشرة دراهم يريد إلى أجل جاز أن يقيلك من أحدهما على أن يبقى الآخر عليك بأحد عشر إذ لا بأس أن يبيع منه أحدهما بدرهم بأكثر[4] منه[5] أو بأقل يريد مقاصة[6] مما عليك[7].

وإن بعت عبدين أو ثوبين بعشرين ديناراً إلى أجل على أن كل واحد بعشرة، أو لم

= جاز، كان نقداً أو إلى أجل كالأول أو بخلافه، وكذلك إن كان إلى الأجل نفسه، كان الثمن أكثر أو أقل، ويتقى منه وجهان: أن يشتريها بأقل من الثمن الأول نقداً، أو يكون المشتري أخذ أكثر كيلاً، فهذان الوجهان لا يجوز جميع مسائلهما.

ومعنى قوله: (صنف طعامه)، أي: صفته إن محمولة فمحمولة، ويجوز في السمراء مع الشعير.

وقيل: أراد جنسه فلا يجوز فيه إلا جنس آخر غيره. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1552.

(1) قوله: (سحنون يقوله في الثياب) زيادة من (م).

(2) انظر: المدونة: 7/13و14.

(3) قوله: (قال) زيادة من (ق).

(4) في (م): (وما كثر).

(5) قوله: (منه) ساقط من (ق).

(6) في (ف2): (مقاصاة).

(7) انظر: المدونة: 6/369.

تذكرا ذلك؛ جاز أن تقيله من أحدهما[1].

وإن غاب عليهما ما لم يتعجل ثمن الآخر[2] أو يؤخره إلى أبعد من أجله[3]، وكذلك إن أخذت[4] أحدهما بتسعة عشر من الثمن أو بدينار يريد مقاصة[5].

وإن كان طعاماً؛ لم يجز أن تقيله[6] من بعضه، إذا[7] غاب عليه حل الأجل أم لا، وإن لم يغب عليه؛ جاز ذلك ما لم ينقدك الآن ثمن باقيه أو يعجله لك قبل محله، فيصير قد عجل لك ديناً على أن ابتعت منه بيعاً، ويدخله بيع[8] طعام وذهب نقداً بذهب مؤجلة، وإن غاب عليه بمحضر بينة[9] فكأنه لم يغب عليه فيما ذكرنا[10].

وإن أسلمت إليه فرساً في عشرة أثواب إلى أجل، فأعطاك خمسة منها قبل الأجل مع الفرس، أو مع سلعة سواه على أن أبرأته من بقية الثياب؛ لم يجز لأنه بيع وسلف ووضيعة[11] [(م: 192/ب)] على تعجيل حق، فالخمسة المعجلة سلف منه يقبضها من نفسه في الأجل[12]، والفرس أو السلعة[13] بيع بالخمسة الباقية.

---

(1) انظر: المدونة: 7/95.

(2) في (م): (الأخير).

(3) انظر: المدونة: 7/14.

(4) في (م): (أحدث).

(5) في (م): (مقاصاة).

انظر: المدونة: 7/7.

(6) في (م): (يقيل).

(7) في (ق): (إذ).

(8) قوله: (بيع) زيادة من (م).

(9) قوله: (بمحضر بنية) غير مقروء في (م).

(10) انظر: المدونة: 7/14و 15.

(11) في (م): (وضيعة).

(12) في (م): (الإبل).

(13) في (ف2): (والسلعة).

وأما ضع وتعجل فأن تكون[1] السلعة المعجلة لا تسوى الخمسة الباقية، ليجيز[2] الوضيعة، ويدخله تعجل حقك وأزيدك دخولاً ضعيفاً[3].

ولو كانت قيمة السلعة المعجلة أضعاف قيمة الثياب المؤخرة لم يجز أيضاً، إذ لو أسلم ثوباً وسلعة[4] أكثر ثمناً منه في ثوبين من صنفه؛ لم يجز.

قال[5] ربيعة: ما لا يجوز أن يسلم بعضه في بعض؛ فلا يأخذه قضاء منه.

قال ربيعة: وإن بعت حماراً بعشرة دنانير إلى أجل، ثم أقلته على أن عجل لك ديناراً أو بعته بنقد فأقلته على أن زادك ديناراً أخرته عليه لم يجز[6].

قال محمد: قال مالك: من باع عبداً بمائة إلى شهر، ثم أقيل منه على أن يزيد البائع للمبتاع عيناً أو عرضاً نقداً، أو مؤجلاً أجلاً قريباً أو بعيداً، فذلك جائز ولا يجوز أن يزيده[7] المبتاع عيناً نقداً، إلا إلى الأجل نفسه من صنف الثمن فيصير مقاصة[8]، ولا يجوز إلى أبعد من الأجل. فأما عرضاً نقداً أو[9] غير نوع الثمن ما كان من شيء نقداً فجائز ممن كان[10].

---

(1) في (ق): (تكن).

(2) في (ق): (لجبر).

(3) انظر: المدونة: 7/16و 17، وتهذيب البراذعي: 3/139.

(4) في (م): (أو سلعة).

(5) في (ف2): (قاله).

(6) انظر: المدونة: 7/17.

(7) في (م): (يزيد).

(8) في (ف1): (مقاصاة).

(9) في (م): (من).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 6/111.

ما يحل ويحرم من السلف
وجرائر نفعه[1] وذكر البيع والسلف

ومن أبواب الربا ما جر من السلف نفعاً أو صفقة جمعت سلفاً وبيعاً، وقد ذكرنا قبل هذا ما أوجب تحريم ذلك من السنة وما أرخص[2] فيه من القضاء من[3] أجود صفة في[4] القرض لا أكثر عدداً.

وأن الرسول ﷺ قضى جملاً خياراً من بكر استسلفه.

قال ابن القاسم: فالقرض جائز في كل شيء من عين أو طعام مدخراً وغيره من الفواكه والخضر أو العروض، والحيوان والرقيق، غير[5] الجواري وحدهن للذريعة إلى عارية الفروج إذ[6] يردها نفسها[7].

وتراب الذهب أو تراب الفضة لا يجوز قرضه أيضاً، وقرضك ثوباً في مثله كسلمك ثوباً في مثله، فإن كان النفع للآخذ ولم تغتز به[8] أنت نفعاً فذلك جائز، وإن أردت به منفعة نفسك، وأراد ذلك صاحبك أو لم يعلم صاحبك ما أردت أنت من ذلك؛ فلا يجوز ذلك[9].

وكذلك لو أقرضته عيناً أردت كونه في ذمته[10] إلى أجل لما[11] كرهت من بقائه

---

(1) قوله: (وجرائر نفعه) يقابله في (م): (وجرائره نفقة).

(2) في (ف2): (رخص).

(3) قوله: (من) زيادة من (م).

(4) في (ق): (من).

(5) في (ق): (عدا).

(6) في (ق): (أو).

(7) انظر: المدونة: 7/40 و41.

(8) قوله: (به) ساقط من (م) و(ق)، والغَزْوُ القَصْدُ وكذلك الغَوْزُ وقد غَزاهُ وغازَهُ غَزْواً وغَوْزاً إِذا قَصَدَه وغَزَا الأَمرَ واغْتَزاه كلاهما قَصَدَه، انظر: لسان العرب، لابن منظور: 15/123.

(9) انظر: المدونة: 7/31.

(10) في (ق): (ضمنه).

(11) في (ق): (إنما).

في بيتك كذلك[1] في قرض جميع الأشياء، فإن نزل ذلك على أنك أنت اغتزيت به نفع نفسك فلك تعجيل[2] حقك إن كان ما اغتزيت من النفع ظاهراً، وإن لم يكن غير دعواك لم يكن لك تعجيله وقد أثمت.

والبيع الفاسد بثمن إلى أجل إذا فسخ عجلت فيه القيمة، وكل ما أقرضته من طعام أو عرض[3] أو حيوان أو غيره على[4] أن يوفيك ببلد غيره [(م: 193/أ)] لم يجز[5]، وإن ضربت أجلاً بخلاف البيع.

قال عمر: فأين الحمال[6]. يريد الضمان، وأما العين فلا حمال فيها لذلك[7] أخذه بها حيث ما لقيته بعد الأجل، فإذا اشترطت أخذه[8] ببلد آخر فإنما يجوز ذلك[9] إذا فعلته رفقاً بصاحبك لا تغتزي[10] أنت به نفعاً[11] من ضمان طريق

---

(1) في (م) و(ق): (وكذلك).

(2) في (ق): (تعجل).

(3) في (م): (عروض).

(4) قوله: (غيره على) يقابله في (ق): (غير ذلك).

(5) انظر: المدونة: 7/34.

(6) انظر: المدونة: 7/33.

عياض: بكسر الحاء وتخفيف الميم - يريد: مؤنة الحمل وأجرته، وبه فسره مالك في الموطأ. وعلل في الباب الآخر هنا لقوله؛ لأن الطعام له حمل. وقد وقع في بعض روايات الموطأ: فأين الحمّال - بفتح الحاء وتشديد الميم - وفي أكثرها: الحمل.

قال مالك: يعني حملانه.

وفسره بعضهم بالضمان وأنه معنى الحمال والحمل هنا.

وقد جاء في الكتاب مفسراً من قول عمر نفسه في آخر الباب بهذا المعنى - أيضا - في حديث آخر، وقال فيه: وأين الضمان، وكلا التفسيرين صحيح المعنى، ومما يتهم أن يقصد وينتفع به المسلف. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1563و 1564.

(7) في (ق): (أذلك).

(8) في (ق): (أخذها).

(9) في (ف1): (لك).

(10) في (م): (ولا تغتري).

(11) في (ق): (نفعك).

ونحوه، كما يفعل في السفاتج[1] إذا ضربت أجلاً يبلغ البلد في مثله[2]، وإن لم يخرج فلك[3] أخذه بعد الأجل حيث وجدته، ولا يعجبني إن لم يضربا[4] مع ذكر البلد أجلاً[5].

ولا يجوز للحاج قرض كعك أو سويق على أن يأخذه ببلد آخر وليسلفه ولا يشترط[6].

قال ابن عمر: لا يشترط إلا القضاء[7].

ومن له إلى جانبك زرع فاستقرضته منه على أن تقضيه[8] من زرع لك ببلده؛ لم يجز.

وإن أقرضك فداناً من زرع مستحصد تحصده أنت، وتدرسه لحاجتك فإن كان رفقاً ونفعاً لك دونه؛ جاز، إذا كان ليس فيها كفيته منه كبير مؤونة؛ لقلته في كثرة زرعه، ولو اغتزيت نفع نفسك لكفايته إياك ذلك؛ لم يجز[9].

ولا تقرض لرجل طعاماً على تصديقك في كيله، وإن كنت أنت قد استقرضته

---

(1) السَّفْتَجة: دراهم يأخذها رجل من رجل بمكان ليضمن له أخذها بمكان ثان. انظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، للجُبِّي، ص: 70.

عياض: السَّفْتَجات بفتح السين وسكون الفاء وفتح التاء بعدها جيم جمع سفتجة، وهي البطائق تكتب فيها الإحالات بالديون، وذلك أن الرجل يجتمع له مال في بلد فيسلفه لبعض أهله ويكتب له القابض إلى وكيله أو شريكه ببلد المسلف ليدفع له عوضه هناك مما له قبله وبيده يريد أن بذلك حرز الأموال وخوف آفة الطرق واللصوص على المال إذا ذهب به وخرج به من البلد. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1565.

(2) انظر: المدونة: 7/35.

(3) في (م): (ملك).

(4) في (م): (تضربا).

(5) انظر: المدونة: 7/44 و45.

(6) انظر: المدونة: 7/34.

(7) انظر: المدونة: 7/32.

(8) في (ق): (نقبضه).

(9) انظر: المدونة: 7/35.

أيضاً، وكأنه أخذه[1] ليضمن بعضه، ولو حضر كيلك حين قبضت؛ جاز قبضه لذلك[2] قبل غيبتك عليه.

ولو استقرضته له[3] وأمرته بقبضه؛ جاز ذلك[4]، وكان ديناً لربه عليك وديناً لك أنت على قابضه.

ولا بأس ببيع ما استقرضت على تصديق كيلك بثمن نقداً، ولا ينبغي إلى أجل وفارق القرض أن[5] للمبتاع[6] ما وجد من المتعارف من زيادة أو نقص فله وعليه، ويرد كثير الزيادة ويرجع لحصة[7] كثير النقص من الثمن، والقرض يصير للتسمية ضامناً إلا أن يقول له: كِله وأنت مصدق فتجوز ويصدق فيما يذكره[8].

ولا ينبغي لك[9] قبول هدية مديانك إلا من تعودت ذلك منه قبل أن تداينه.

قال عطاء: أو من خاصة أهلك لا يهدى لما تظن[10].

ومن أقرضته خبز الفرن؛ فلا يجوز أن يشترط عليه خبز تنور أو خبز ملة[11].

---

(1) في (ق): (أخذ).

(2) في (ق): (بذلك).

(3) قوله: (له) زيادة من (ق).

(4) قوله: (ذلك) ساقط من (ق).

(5) في (م): (لأن).

(6) في (ق): (المبتاع).

(7) في (ق): (بحصة).

(8) في (ق): (ذكر)، وانظر المسألة في: المدونة: 7/36 و37.

(9) في (م): (لا).

(10) انظر: المدونة: 7/41 و42.

(11) عياض: (خبز الملة) - بفتح الميم وتشديد اللام - هو نوع مما يطبخ به الخبز، وهو أن يحمى بالنار موضع من الرمل أو التراب ثم توضع فيه الخبزة ويرد بعضه عليها حتى تنضج؛ سمي بذلك لحرارته، وقوله: (في قبض خبز الفرن من خبز التنور وفي القرض: لا بأس به إذا تحريا الصواب)، أكثرهم على أن معنى ذلك تحريا ما فيه من كيل دقيق ذلك دون وزن الخبز، وهو قول ابن المواز. وذهب اللخمي إلى رد هذا وأن مراعاة الكيل فيما صار خبزاً ساقطة، وإنما تجب مراعاة الوزن في الخبز وهو دقيق.

وحكى ابن اللباد عن سحنون في هذه المسألة: كل ما أصله الوزن فلا بأس بالتحري فيه، فيحتمل =

ويجوز إن قضاكه لغير[1] شرط تحرياً، وكذلك سمراء من محمولة أو ديناراً دمشقياً من كوفي[2] بهذا المعنى[3].

وقد تقدم في اختصار الصرف إيعاب ما يجوز في قضاء القرض من جودة أو رداءة أو غير ذلك.

ولا يجوز أن تبيع من رجل بيعاً على أن تسلفه أو يسلفك، فإن نزل فسخ إلا أن يسقط مشترط[4] السلف شرطه قبل[5] فوات السلعة بيد المبتاع فيتم البيع[6].

قال[7] سحنون: إن لم يكن قبض السلف مشترطه وغاب عليه[8].

قال ابن القاسم: وإن لم يعلم بفساد البيع حتى فاتت السلعة بتغير في بدن أو سوق ففسخ ذلك، فانظر فإن كان السلف من البائع؛ فله الأقل من الثمن أو من القيمة يوم القبض ويرد السلف، وإن كان السلف من المبتاع؛ فعليه الأكثر منهما ما بلغ.

قال سحنون: إنما يقال لمشترط السلف منهما دعه، ويتم البيع إن لم يقبض السلف ويغيب عليه؛ فإن غاب عليه فقد تم الربا بينهما[9]؛ فلا بد من الفسخ وإن رد السلف،

أن يكون أشار هنا إلى تحري الوزن؛ إذ الخبز مما يوزن أو إلى إنكار التحري في المسألة كلها؛ إذ أصل الحبوب الكيل لا الوزن.

وظاهر مسألة الكتاب جواز قرض رطل في رطل، وعلى ما تقدم لمحمد لا يصح؛ إذ إنما يرجع فيه إلى مماثلة الكيل في الدقيق، فانظره. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1569 و1570.

(1) في (ق): (بغير).

(2) قوله: (ديناراً دمشقياً من كوفي) يقابله في (ف2): (دنانير دمشقية من كوفية).

(3) انظر: المدونة: 7/43.

(4) قوله: (مشترط) ساقط من (م).

(5) في (ق): (وقبل).

(6) انظر: تهذيب البراذعي: 3/144.

(7) قوله: (قال) زيادة من (م).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/124.

(9) قوله: (بينهما) زيادة من (م).

فإن فاتت السلعة ففيها القيمة هاهنا ما بلغت[1].

قال أصبغ: إذا كان السلف من المبتاع وفاتت فعليه القيمة ما بلغت إلا أن تجاوز الثمن والسلف فلا يزاد وإن كان من[2] عند البائع فعلى المبتاع الأقل ما بلغ[3].

[(م: 193/ب)] قال ابن القاسم: ومن ابتاع سلعة على أن البائع متى ما رد الثمن فالسلعة له؛ لم يجز ذلك، والبيع[4][5] هو بيع وسلف[6].

قال سحنون: بل سلف جرَّ منفعة.

ومن الرهون: ومن[7] أقرضته على أن يرهنك[8] رهناً بذلك، وبدين لك عليه قبله يريد مؤجلاً؛ لم يجز تقدم في الأول رهن أم لا لأنه سلف بنفع[9].

جامع القول في الدين بالدين أو فسخه في الدين أو بيعه وما يحل[10] ويحرم[11] في العين والعرض والطعام من حوالة ومقاصة

نهى الرسول ﷺ عن الكالئ بالكالئ[12].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/250.

(2) قوله: (من) زيادة من (م).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/124.

(4) قوله: (البيع) زيادة من (م).

(5) قوله: (والبيع) ساقط من (ق).

(6) انظر: المدونة: 7/31.

(7) في (م): (وإن).

(8) في (م) و(ق): (رهنك).

(9) انظر: المدونة: 9/268.

(10) في (م): (تحل).

(11) في (م): (وما يحرم).

(12) صحيح، أخرجه الحاكم في المستدرك: 2/65، في كتاب البيوع، برقم (2342)، والدارقطني، في سننه: 3/71، في كتاب البيوع، برقم (269)، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

ومن الآجال والهبات: قال ابن القاسم: فلا[1] يجوز من فسخ الدين في الدين، إلا ما كان بمعنى الحوالة، فلا بأس أن تفسخ ما حل من دينك فيما قد حل، وفيما لم يحل على غريم غريمك ثم[2] كصفة دينك ومقداره ما لم يكونا[3] طعامين من بيع، ولا تفسخ ما لم يحل من دينك فيما قد حل، وفيما لم يحل اختلفت الصفة أو اتفقت كان الدينان من عين أو عرض من بيع أو قرض، ولا يجوز فسخك لعرض وإن حل في عرض بخلافه[4] لأنه دين بدين[5].

ومن له عليك طعام من بيع فلا تُحِلْه[6] على طعام لك من بيع في صفته وكيله وإن حلا؛ لأنه بيع طعام قبل قبضه، وكأن[7] كل واحد باع بما قبض طعاماً له من بيع قبل قبضه، ولو لم يحلا دخله مع ذلك الدين بالدين، وإن كان له عليك طعام من قرض قد حلَّ، فلا بأس أن تحيله على طعام لك من بيع، أو قرض قد حلَّ.

وكذلك إن كان الذي له سلم، والذي لك قرض وقد حلا ثم لا بأس في الوجهين أن يؤخر المحال من أحيل عليه، محمد: إذا كان أحد الطعامين من بيع والآخر من قرض، وهما متفقان؛ لم تجز الحوالة فيه عند ابن القاسم.

ورواه عن مالك: حتى يحلا، ولا يجوز بحلول أحدهما كان البيع أو القرض وأجازه أشهب كالقرضين[8].

قال ابن حبيب: وقاله جميع[9] أصحاب مالك إلا ابن القاسم، واختلف فيه قول

---

(1) في (م): (ولا).
(2) قوله: (ثم) زيادة من (ق).
(3) في (ق): (يكون).
(4) في (ق): (يخالفه).
(5) انظر: المدونة: 10/245 و7/23.
(6) في (م): (تحيله).
(7) في (ق): (وكان).
(8) في (م) و(ق): (كالعرضين).
(9) قوله: (جميع) زيادة من (ق).

أصبغ[1][2].

ومن الهبات: ولا بأس أن تحيله من طعام أقرضكه، وقد حل على طعام مثله صفة ومقداراً من قرض حل أو لم يحل لأن تأخيره إياك معروف[3].

فإن لم يحل الذي له عليك؛ لم يجز أن تحيله على الذي لك حل أو لم يحل، كالأموال والعروض.

فإن كان أحد الطعامين من قرض والآخر من سلم، فلم[4] يحلا؛ لم تجز الحوالة فيه[5] أحلته به أو أحالك.

وكل دين لك من عين أو عرض؛ فلك بيعه من غير غريمك قبل محله أو بعد بثمن تتعجله؛ فإن كان دنانير أو دراهم بيعته[6] بعرض، وإن كان عرضاً بعته بعين أو بعرض يخالفه نقداً.

قال[7] سحنون: وغريمك حاضر مقر.

قال محمد: لا بأس ببيع دين لك على غائب قريب الغيبة يعرف ملاؤه من عدمه وعليه بينة؛ فإن لم تكن عليه بينة لم يجز بيع ما عليه حتى يحضر ويقر، وأما الميت فلا يجوز بيع ما عليه وإن عرف ما عليه وكان مقراً؛ لأنه لا يدرى ما يلحقه من دين وليس يبقى له في[8] ذمته[9] فيتبع فهذا غرر[10].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/145 و146.

(2) قوله: (محمد: إذا كان أحد الطعامين... واختلف فيه قول أصبغ) جاء متأخراً في (ق) بعد قوله: (أحلته به أو أحالك).

(3) انظر: المدونة: 10/245.

(4) في (م): (فإن لم).

(5) قوله: (فيه) زيادة من (ف2).

(6) في (ف2): (بعت).

(7) قوله: (قال) زيادة من (م).

(8) قوله: (يبقى له في) يقابله في (م): (تبقى له).

(9) في (ق): (ذمة).

(10) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/371.

وأما بيع ما على الحاضر الذي يجحد [(م: 194/أ)] وعليه بينة فلا يجوز أيضاً، لأن فيه خصومة فهو خطر.

قال ابن القاسم: ولا يجوز أن يحيلك من دنانير حاله[1] لك عليه على دراهم له على رجل كصرفها حلت أو لم تحل، أو في طعام له عليه لا يعجله[2] لك.

وإن كان لك عليه ثوب فسطاطي[3] من بيع أو قرض فبعته من غيره قبل الأجل بثوب مثله في صفته نقداً أو أحلته به[4] فليس ببيع ولكنه قضاك عن الرجل على أن أحلته[5] عليه؛ فإن كان النفع لك جاز، وإن اغتزى هو نفع نفسه لسوق يرجوه ونحوه لم يجز.

ولو بعته أيضاً من غير[6] بعرض مثله إلى أجله؛ لم يجز لأنه دين بدين[7].

وإن كان دينك دنانير أو طعاماً لم يحل فعجله[8] لك رجل على أن أحلته به؛ لم يجز كان النفع ههنا له أو لك دونه.

قال سحنون: رويَ إن كان النفع لآخذ الدنانير جاز[9].

ومن هذا في باب الكفيل.

ومن كتاب الآجال: ومن كان لك عليه دين وله عليك مثله صفة ومقدار، وهما ذهب جميعاً أو ورق أو عرض[10]؛ فلا بأس أن تتقاصا في ذلك كله كان[11] من بيع أو

---

(1) في (م): (حالة).

(2) في (م): (بعجله).

(3) قوله: (ثوب فسطاطي) يقابله في (ق): (ثوبا فسطاطيا).

(4) قوله: (أو أحلته به) يقابله في (م): (وأحلته به) وفي (ف2): (أو أحلته).

(5) في (م): (تحيله).

(6) قوله: (أيضا من غير) يقابله في (ق): (من غير أيضا).

(7) انظر: المدونة: 10/245، وما بعدها.

(8) قوله: (يحل فعجله) يقابله في (م): (تحل وإن عجله).

(9) انظر: المدونة: 10/248.

(10) في (ق): (عروض).

(11) في (م) و(ق): (كانا).

قرض، اختلفت الآجال أو اتفقت وقد حلا أو لم يحلا، أو حل أحدهما إذا اتفقا في[1] الصفة والمقدار[2].

فإن كان أحدهما ذهباً والآخر ورقاً، جازت المقاصة إن حلا ولا تجوز[3] بحلول أحدهما ولا إن لم يحلا، وإن اتفق الأجلان؛ لأنه صرف مؤخر.

فإن كانا عرضين مختلفين في الجنس والصفة؛ جاز أن يتقاصا إن[4] حلا أو حل أحدهما.

ولو اتفق أجلاهما ولم يحلا لجاز التقاصص فيهما قبل محلهما.

فإن[5] اختلف الأجلان؛ لم يجز حتى يحل أحدهما أو كلاهما، ولو اتفقا في الصفة والجنس والقدر؛ جازت المقاصة وإن اختلف أجلاهما[6]، وليس كمن ابتاع عرضاً مؤجلاً في ذمة رجل بعرض مؤجل في ذمته؛ لأن الذمتين مشغولتان[7] وفي المقاصة قد حلتا.

محمد: فإن كانا طعامين[8] من قرض سمراء جميعاً، وأحدهما أجود[9] فإن حل أجودهما جاز، وكذلك إن لم يحلا والأجل مختلف، وأولهما حلولاً أجودهما فإن كان أدناهما أولهما حلولاً؛ لم يجز، لأنه ضع وتعجل، وإذا كان لك عليه طعام[10] من قرض وله عليك[11] قرض ككيله وصفته حالين أومؤجلين، اختلف[12] الأجلان أو اتفقا

(1) في (م): (من).
(2) انظر: المدونة: 46/7.
(3) في (م): (يجوز).
(4) قوله: (إن) زيادة من (م).
(5) في (م): (وإن).
(6) قوله: (اختلف أجلاهما) يقابله في (ق): (اختلفت آجالهما).
(7) في (م): (مشغولتين).
(8) في (م): (طعاماً ما).
(9) في (م): (أجوف).
(10) في (ق): (طعاما).
(11) في (ق): (عليه).
(12) في (ق): (اختلفت).

ولم يحلا أو حلا أو حل أحدهما؛ جاز أن يتقاصا[1].

فإن كان أحدهما سمراء والآخر محمولة، فإن حلا جازت المقاصة؛ لأنه بدل وإن لم يحلا أو لم يحل إلا أحدهما؛ لم تجز، إذ لا يجوز قضاء سمراء من بيضاء ولا بيضاء من سمراء قبل الأجل من بيع أو قرض.

وذكر في الصرف أن ابن القاسم كان قد أجاز أخذ سمراء من بيضاء قبل الأجل وهي[2] من قرض ثم رجع عنه[3].

وحكم أجناس الثمر وأجناس الزيوت وسائر الحبوب على هذا في المقاصة في القرض والسلم.

وإن كان أحدهما من قرض والآخر من سلم؛ فإن حلا والصفة والمقدار متفق جازت المقاصة وإن لم يحلا أو لم يحل إلا أحدهما لم يجز كان الحال منهما سلماً أو قرضاً.

قال أشهب: إن حل السلم جاز، ولو كانا من سلم لم يجز وإن حلا. [(م: 194/ب)]

قال[4] محمد: قال أشهب: إلا أن يتفق رأس ماليهما[5].

وفي باب الكفالة، وباب الاقتضاء من الطعام طعام[6] من هذا، ومن لك عليه حنطة من قرض إلى أجل بحميل، وله عليك مثله إلى أبعد من أجل بغير حميل؛ جاز أن يتقاصا.

ومن الآجال والبيوع الفاسدة: قال: وكل دين لك على رجل من بيع أو قرض؛ فلا تفسخه عليه إلا فيما تتعجله؛ فإن أخذت به منه قبل الأجل أو بعده سلعة معينة؛ فلا تفارقه حتى تقبضها؛ فإن أخرتها؛ لم يجز[7].

---

(1) في (م): (إن تقاصا).

(2) في (م): (هما).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/54 و55.

(4) قوله: (قال) زيادة من (ق).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/147.

(6) في (ق): (طعاما).

(7) انظر: المدونة: 7/39.

وقال في[1] أول الكتاب: إن دخلت بيتك قبل قبضها؛ فذلك جائز، ولك أخذها إذا خرجت[2].

قال يحيى: هذا[3] أحسن، ومن لك عليه دين من كراء أو غيره فأخذت به منه ثوباً بعينه على أن لا يقبضه إلى يومين أو ثلاثة، لم يجز؛ لأنه وإن لم يكن الثوب مضموناً فكأنه وضع لك من ثمنه على أن أخرته بالدين فصار سلفاً بنفع[4].

ولو أخذت ببعضه سلعة على أن أخرته ببقيته لم يجز لأنه بيع وسلف[5].

وإن بعته طعاماً لك عليه من قرض بدنانير؛ لم يجز أن تفارقه حتى تنتقد[6]؛ إلا مثل أن تذهب معه إلى السوق، أو يأتيك بها من البيت؛ فأما أن تصير تطلبه بها فلا يجوز[7].

ولا تكتر[8] منه بدين لك عليه قد حل أو لم يحل داره أو أرضه التي رويَت، أو تستأجر به عبده، أو تستعمله هو به عملاً يتأخر، أو تبتاع به منه سلعة بخيار، أو[9] أمة تتواضع، أو سلعة غائبة على صفة، أو داراً غائبة على صفة، ولا ثمرة حاضرة قد أزهت أو أرطبت أو زرعاً قد[10] أفرك لاستئخارهما.

ولو استجد الثمر واستحصد الزرع ولا تأخير لهما، جاز، وإن كان لذلك تأخير؛ لم يجز[11].

---

(1) قوله: (في) ساقط من (ق).

(2) انظر: المدونة: 7/39.

(3) في (ق): (هذه).

(4) انظر: المدونة: 7/68.

(5) انظر: المدونة: 7/23.

(6) في (م): (تنقد).

(7) انظر: المدونة: 7/38.

(8) في (ق): (تكتري).

(9) قوله: (أو) ساقط من (م).

(10) قوله: (قد) ساقط من (ق).

(11) عياض: وقوله (في الذي يشتري من رجل بدين عليه زرعه أو ثمرته: إن كانت الثمرة قد =

وكذلك طعام بعينه على الكيل يشرع في كيله لا[1] يفرغ منه في يومه فذلك جائز؛ لأنهما في عمل القبض، وكذلك إن ذهب ليأتي[2] بدواب لحمله أو يكتري[3] له منزلاً أو سفناً وذلك يتأخر اليوم واليومين فلا بأس به، ولا يجوز ذلك فيما لا مؤونة فيه من قليل الطعام والفواكه في كيل أو وزن أو عدد[4].

وكره مالك أن تبيع طعاماً بعينه كيلاً بدين إلى أجل، ثم يؤخر كيل الطعام إلى الأجل البعيد.

ابن القاسم[5]: وأرى السلع كلها مثله لا تؤخر الأجل البعيد[6].

وإن بعت[7] دينك من غير غريمك؛ جاز بيعكه بثمرة مزهية، أو بما فيه خيار أو مواضعة[8] أو سلعة غائبة، وليس كغريمك؛ لأنك انتفعت بتأخيره في ثمن ما فسخته فيه عليه بخلاف الأجنبي، مع أنه لا يجوز في خيار أو مواضعة أوشراء شيء غائب تعجيل[9] النقد بشرط[10].

=

استجدت وليس لاستجدادها تأخير، وقد تستجد الثمرة وقد ييبس الحب وليس لحصاده تأخير)، كذا في كتاب ابن عتاب.

وكتب خارجاً عن ابن وضاح أن سحنوناً زاد: ليس في الحرفين الآخرين، ولم يكن ذلك في كتاب ابن المرابط ولا في كثير من الأصول، وزيادتها بيان للمسألة، وسقوطها لا يفسد المعنى، إنما أخبر أن هذه صفتها.

ثم رجع إلى المسألة بعد فقال: (فإذا استجد ذلك واستحصد وليس لشيء منه تأخير فلا بأس به). اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1560.

(1) في (ق): (فلا).

(2) قوله: (ذهب ليأتي) يقابله في (ق): (ذهبت لتأتي).

(3) في (ق): (تكري).

(4) انظر: المدونة: 7/40.

(5) قوله: (ابن القاسم) ساقط من (م).

(6) انظر: المدونة: 7/68.

(7) في (م): (بعث).

(8) في (م): (مواضع).

(9) في (ق): (تعجل).

(10) قوله: (بشرط) زيادة من (ق).

واختلف[1] في الإجارة والكراء به، وأجازه[2] ابن القاسم في كتاب الحوالة[3]، وكرهه في كتاب ابن المواز.

وإن بعت دينك بثمن من أجنبي؛ جاز أن تؤخره به إلى ما يجوز إليه تأخير رأس مال السلم يشترط كاليومين.

قال[4] محمد: والثلاثة، وقاله ابن القاسم في كتاب بيع الخيار في تأخير رأس مال السلم يومين وثلاثة[5].

وإن وجدت في الثمن رديئاً؛ فلك البدل والبيع قائم[6]، وفي باب السلم من هذا.

وأما إن ابتعت[7] ثوباً بعينه بدينار مؤجل فتأخر قبض الثوب فلك قبضه والبيع تام، وليس للبائع حبسه بالثمن؛ لأنه دين مؤجل وليس [(م: 195/أ)] كتأخير ما تأخذ في دينك[8].

وقد يجوز أن تكتري من رجل داره[9] بدين يبقى عليك.

ولا يجوز أن تأخذ من دين لك[10] سكنى دار، ويجوز تأخير رأس مال السلم يومين بشرط، ولا يجوز ذلك فيما تأخذ من دينك.

ولا بأس أن تأخذ من دين لك قد حل ورقاً من ذهب، أو ذهباً من ورق، أو ما شئت من السلع نقداً، فأما التأخير في تبادل الطعامين، أو أخذك من دينك صرفاً، أو

---

(1) قوله: (مع أنه لا يجوز.. النقد واختلف) ساقط من (م).

(2) في (ق): (فأجازه).

(3) انظر: المدونة: 9/234.

(4) قوله: (قال) زيادة من (ق).

(5) انظر: المدونة: 7/133.

(6) في (م): (قائم).

(7) في (م): (بعت).

(8) انظر: المدونة: 7/65.

(9) في (م): (داراً).

(10) قوله: (لك) زيادة من (ق).

إقالتك من طعامك[1] قبل قبضه؛ فإن تأخر القبض في ذلك كله ساعة حرم، وكذلك في إقالتك من صرف دينار أو من سيف كثير الفضة بعته بذهب.

ومن السلم الثالث: وإن أقلته من سلعة بعينها؛ جاز تأخير رأس المال، أو يضربا[2] له أجلاً، ولو كانت مضمونة؛ لم يجز، ولو بعث المضمونة من غيره[3] أو وليتها، أو وليت طعاماً؛ لم يجز تأخير رأس المال ساعة[4].

قال[5] محمد في الطعام وأما في العروض فيجوز إلى مثل ما يتأخر[6] إليه[7] رأس مال السلم. ومن السلم الأول: قال مالك[8]: وإن كان لك عليه مال من قرض أو بيع فلا خير في أن تأمره أن يسلمه لك في سلعة تقية دين في دين أن يعطيك من عنده، وتقية أن تكون[9] أخرته لما نفعك.

وإن أمرته أن يبتاع لك به سلعة نقداً؛ جاز، إن كنت أنت[10] أو وكيلك حاضراً معه[11].

وقال[12] في الوكالات: وكذلك إن كلفت من ابتاع منك سلعة من أهل السوق الشراء بثمنها لقلة نظرك، أو لشغلك؛ جاز في حضورك، وأكرهه إن غبت في الوجهين؛ إلا أن[13] توكل، غير أن مالكاً قال: في من كتب إلى رجل في شراء سلعة ففعل، وأسلفه

(1) في (ق): (طعام).
(2) في (م): (تضربان).
(3) في (ف2): (غيرها).
(4) انظر: المدونة: 365/6.
(5) قوله: (قال) زيادة من (ق).
(6) في (م): (تأخر).
(7) قوله: (إليه) ساقط من (ف1).
(8) قوله: (قال مالك) يقابله في (م): (أن يكون دينا في دين).
(9) في (م): (يكون).
(10) قوله: (أنت) ساقط من (ق).
(11) انظر: المدونة: 298/6.
(12) في (ق): (قال).
(13) زاد بعد في (م) قوله: (جميعاً).

الثمن ثم كتب الرجل إليه أن يبتاع له به سلعة أنه من المعروف الجائز.

قال ابن القاسم: هذا والأول سواء[1].

ومن كتاب الصرف: وإن قبضت من غريمك ديناً؛ فلا تعده[2] إليه مكانك سلماً في طعام أو غيره، وكذلك لو أسلمت إليه دنانير في طعام ثم قضاكها من دين لك عليه بحدثان ذلك بغير شرط؛ لم يجز وهو دين في دين.

ولا بأس أن تبتاع[3] منه بما أقرضك من ذهب أو ورق سلعة أو[4] طعاماً، ولكن إن أقرضكها إلى أجل فابتعت[5] بها ذلك منه يدا بيد أو أقرضها حالة فابتعت بها ذلك منه يداً بيد[6]، أو مضمونا إلى أجل يريد مثل أجل السلم؛ فذلك كله جائز.

فإن[7] أقرضكها إلى أجل فرددتها إليه مكانك[8] في شيء إلى أجل؛ لم يجز وصار ديناً بدين[9].

وهذا كله قد كررنا[10] ذكره في كتاب الصرف.

ومن غير المدونة من[11] كتاب ابن حبيب: وإن أقرضك طعاماً حالاً، ثم بعته منه بثمن نقداً أو مؤجلاً؛ لم يجز.

ولو أقرضكه إلى أجل، لم يجز أن تبيعه منه بثمن إلى أجل.

---

(1) انظر: المدونة: 7/230.

(2) في (م): (تعيده).

(3) في (م): (يبتاع).

(4) قوله: (أو) زيادة من (م).

(5) في (م): (وابتعت).

(6) قوله: (أو أقرضها... يدا بيد) ساقط من (م).

(7) في (م): (وإن).

(8) قوله: (مكانك) ساقط من (ق).

(9) انظر: المدونة: 6/165.

(10) في (م): (ذكرنا).

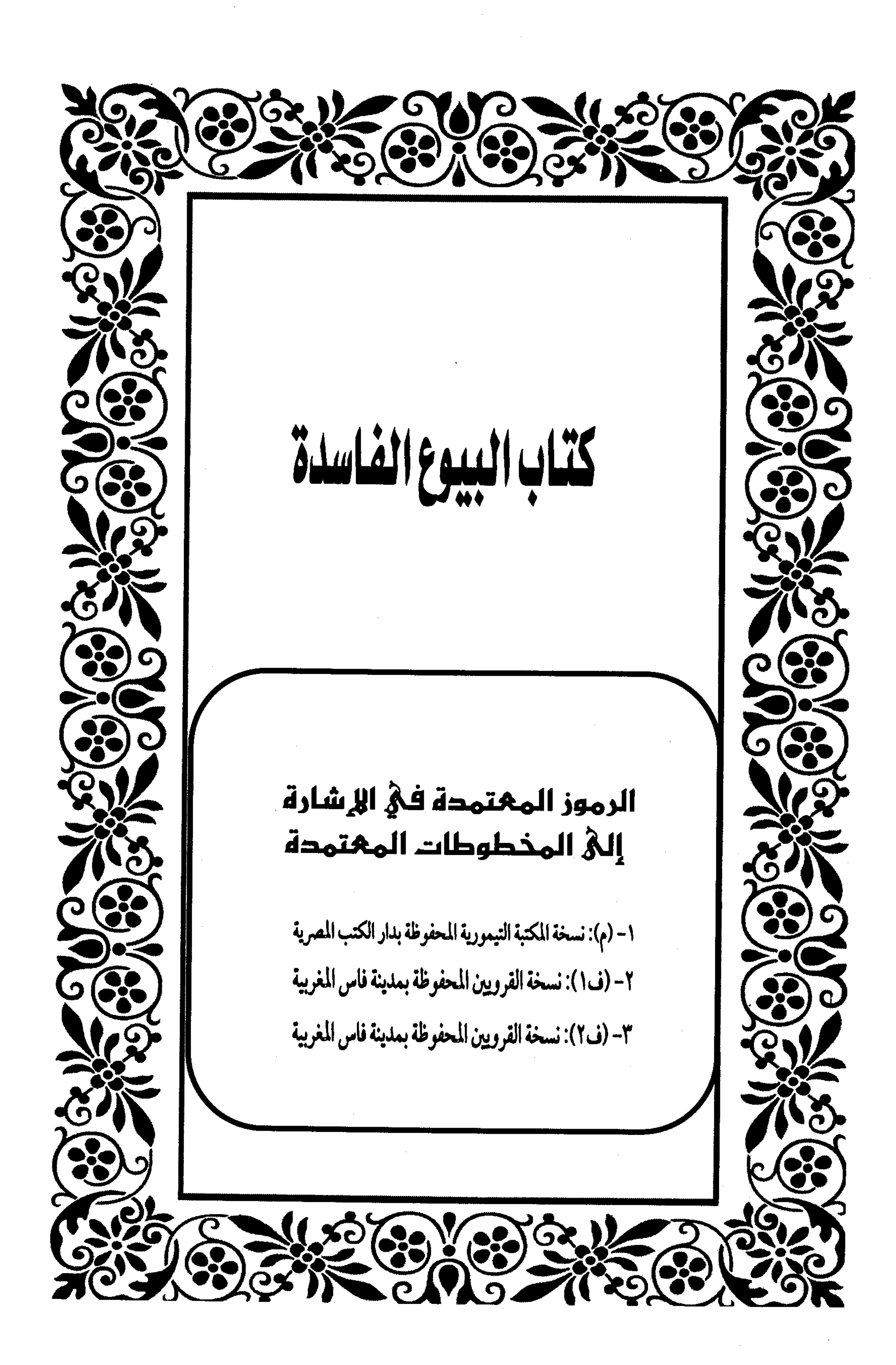
(11) قوله: (غير المدونة من) زيادة من (ف2).

ويجوز أن تبيعه منه بثمن حال، يريد: إن كان أجل الطعام مثل أجل[1] السلم[2].

كمل كتاب الآجال بحمد الله وحسن عونه
وصلى الله على محمد وآله [(م: 195/ب)]



(1) في (ف2): (آجال).
(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/145.



كتاب البيوع الفاسدة

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١- (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية

٢- (ف١): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٣- (ف٢): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية



اختصار[1] كتاب البيوع الفاسدة[2]

جامع القول في البيوع الفاسدة والقضاء فيها وما يجري من البيوع من مجهول أو غرر أو شرط وما يحل من ذلك وما يحرم

نهى الرسول عليه السلام عن بيع ....

---

(1) قوله: (اختصار) ساقط من (ف1).

(2) عياض: الفساد في البيع يكون لعلل كثيرة، ولمسائله وصوره ألقاب وأسماء وصور معروفة، ويجمعها ستة أنواع؛ خمسة مما يفسده في نفسه، والسادس مما يفسد لما يلحقه من غيره.

فالأول: ما كان قماراً وخطراً ويشتمل على: بيع الغرر، والأجنة، والملاقيح، والمضامين، وحبل حبلة، وبيع الحصاة، والمنابذة، والملامسة، والمزابنة، والمخابرة، والبعير الشارد، والعبد الآبق، وما فيه خصومة، والطير في الهواء، والحوت في الماء، وبيع ما ليس عندك، وبيع الرطب باليابس، وبيع المريض المدنف، والحامل المقرب، وبيعتين في بيعة، وبيع العربان، والثنيا، والبيع على قيمة السلعة أو بما اشترى فلان أو بما رضيه من الثمن، وبيع الثوب في جرابه، وتراب الصواغين، وغوصة الغائص، وبثمن مجهول، وبيع الثمار قبل أن تزهي، والزرع قبل يبسه، وإلى أجل غير محدود، وبيع المعينات تقبض إلى أجل بعيد.. وأشباه هذا كله مما يكون الغرر بالجهالة بالمبيع، إما في نفسه أو صفته أو مقداره أو عوضه أو وقت قبضه أو مآل حاله.

والثاني: الربا بالتفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل وذلك في الطعام المقتات المدخر للعيش غالباً، أو الفضة، أو الذهب نقداً كان ذلك أو إلى أجل، والتفاضل مع الأجل في الجنس الواحد في جميع الأشياء.

والثالث: الربا في النسيئة والتأخير، كالعين كله، وأجناس المطعومات كلها، كانت من جنس واحد أو مختلفة.

والرابع: ما لا يصح بيعه قبل استيفائه، وذلك يختص بالطعام.

فهذه أربعة أصول في البيوع الفاسدة لعقودها وأنفسها، وتقريرها متقدم لعبد الملك بن الماجشون، إلا ما بسطناه وبيَّناه منها.

ويلحق بها نوع خامس لا بد منه، وهو ما منع بيعه؛ إما لحرمته أو لخبثه وعدم منفعته؛ فلحرمته كالحر وأم الولد والمدبر والمعتق إلى أجل والمصحف والمسلم من الكافر على أحد القولين، ولخبثه وعدم منفعته شرعاً؛ كالنجاسات والميتات والخمر والدم والأصنام والصور والخنزير والكلب =

والقرد وآلات الباطل والسُّم.أو عادة؛ كالديدان والجعلان. وما خرج عن هذه الوجوه فهو جائز، إلا أن تقترن به قرائن فساد خارجة عن نفسه وعقده، وهو النوع السادس.
وهي أربع علل: علة بوقت لا يجوز فيه البيع؛ كوقت الأذان والصلاة يوم الجمعة.
وعلة في المتعاقدين؛ كالسفه والصغر والجنون والرق والسكر، إلا أن العقد هنا موقوف لإجازة نظر من له النظر وليس بفاسد شرعاً.وعلة شرط قارن البيع؛ كالسلف وغيره من الشروط المؤثرة في العقد أوالنكاح والقراض ونحوهما، وعلة تعلق حق لغير البائع بالمبيع؛ كبيع التفرقة وبيع مال الغير بغير أمره، وبيع الحاضر للبادي، والبيع على بيع أخيه، وتلقي السلع، وكالمرهون، وقد يصح دخول هذا في باب الغرر؛ إذ علته منع قبض المعين ناجزاً، والغرر في ذلك وفي الرهن هل يفك فيصح البيع أو يعجز عن فكه فيبطل؟
عقد آخر: أن ينظر إلى أركان المعاوضات، وهي ثلاثة: عقد، ومتعاقدان، ومعقود به أو عليه وهما بمعنى؛ إذ كل واحد منهما ثمن للآخر وعوض عنه، وكلاهما معقود به وعليه.فإذا سَلِم العقد من وقوعه وقت النهي - وهو ما تقدم - أو من شرط لا يجوز معه مما ذكر أو قرينة تفسده - كما بين - وسَلِم المتعاقدان من علة الحجر والتعدي على بيع ما لا يملكانه، وكانا جائزي الأمر، وسَلِم المعقود به وعليه من الجهالة بحقيقته وأوصافه أو مآله أو وقتقبضه، ومن كونه مما لا يصلح بيعه لحرمته، أو لخبثه، أو كونه مما لا ينتفع به عادة أو شرعاً - على ما فسرناه - أو من تعذر تسلم المشتري له حساً؛ كالشارد، والطائر في الهواء، أو شرعاً ؛ كالمرهون، أو شرطاً؛ كالمعين يشترط قبضه إلى أجل بعيد يتغير فيه؛ صح البيع وسلم. من العلل.عقد آخر: الفساد في البيع يرجع إلى ثلاثة أشياء: ربا، وغرر، وأكل مال بالباطل، هذه جملة يفسرها العقد الأول المذكور.عقد آخر: على معنى كلام ابن عبدوس: وهو أن البياعات الفاسدة على وجهين: ما لا يغلب على فسخه وما يغلب على فسخه.فما لا يغلب على فسخه ما وقع بشرط، فإذا رضي مشترطه إسقاطه... صح البيع.
وما يغلب على فسخه نوعان: ما فساده لعقده؛ كبيع وقت الصلاة للجمعة وبيع التفرقة والمدبر، فهذا إذا فات مضى بالثمن. وما فساده في ثمنه، فهذا إذا فات يمضي بالقيمة، عقد آخر: كل عقد جمع من الجهتين ما لا يجوز فيه التفاضل ومعهما أو مع أحدهما ما يخالفه في القيمة من جنسه أو من غير جنسه؛ فلا يجوز؛ كمدبر وثوب بمدبر، أو مد شعير وعبد، أو درهم وثوب بدرهم وعبد، أو بدرهم وثوب. أصل في الشروط في البيع، وهي على أربعة أقسام: قسم منها يقتضيه العقد ولو لم يذكر، فلا يضر ذكره؛ كشرطه أن يقبض المشتري سلعته مكانه، أو يدفع الثمن مكانه في الحاضر المقبوض، أو على أنه لا يبقى حق للبائع... في المبيع.
الثاني: اشتراط ما هو من مصالح البيع أو أبيح فيه؛ كشرطه الأجل فيما يجوز فيه، أو الرهن، أو الحميل، أو الإشهاد، أو إلزام ضمان الغائب، فهذا أيضاً جائز لازم إذا اشترط.
الثالث: خارج عن هذين القسمين؛ كاشتراط تحجير بعض منافع الملك والتصرف فيه، مثل أن لا يبيع ولا يهب ولا يسافر بالعبد، أو اتخاذ الأمة أم ولد أو تعتق إلى أجل وبيع الثنيا، أو شرط عقد آخر

الغرر[1]، وعن بيع حبل الحبلة[2]، وهو نتاج[3] ما تنتج الناقة، قاله ابن وهب وغيره.

وقد قيل: إنه البيع إلى نتاج نتاج الناقة كالأجل المجهول.

ورويَ ذلك[4] عن مالك وابن القاسم[5].

ونهى النبي ﷺ عن المضامين -قال مالك: وهو ما في بطنها- وعن الملاقيح[6]، قال مالك: وهو ما في ظهر الذكر، والذي قاله مالك قاله ابن المسيب.

يخالف مقصد البيع وجمعه معه كالقراض مع البيع، أو النكاح، أو السلف، أو الشركة، أو الصرف، فهذه كلها شروط تبطل البيع. واختلف إذا أسقط مشترط الشرط شرطه، هل يصح البيع أم يفسخ على كل حال؟

الرابع: من الشروط ما يخف فيكره ابتداء، فإذا وقع سقط وصح البيع؛ كقوله: (إن لم تأتني بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بيني وبينك) على مشهور المذهب، وشرط البراءة من الجائحة. عقد آخر: لابن خويزمنداد في الشروط هي على ثلاثة أقسام: (قسم: أباحه الكتاب، فيثبت الشرط والعقد.

وقسم: منعه لحقه، فيبطل العقد والشرط. وقسم: منعه لحق الغير، فهو موقوف على إجازة صاحب الحق). اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1575، وما بعدها.

(1) أخرجه مسلم: 3/1153، في باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، من كتاب البيوع، برقم 1513، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(2) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/753، في باب بيع الغرر وحبل الحبلة، من كتاب البيوع، برقم: 2036، ومسلم: 3/1153، في باب تحريم بيع حبل الحبلة، من كتاب البيوع، برقم: 1514، ومالك: 2/653، في باب ما لا يجوز من بيع الحيوان، من كتاب البيوع، برقم: 1333.

(3) في (ف1): (إنتاج).

(4) قوله: (ذلك) زيادة من (ف1).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/150.

(6) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: 11/230، برقم: 11581.

قال ابن حجر: حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الملاقيح والمضامين رواه إسحاق ابن راهويه والبزار من حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة وفي إسناده صالح بن أبي الأخضر عن الزهري وهو ضعيف وقد رواه مالك في الموطأ عن الزهري عن سعيد مرسلا قال الدارقطني في العلل تابعه معمر ووصله عمر بن قيس عن الزهري والصحيح قول مالك وفي الباب عن عمران ابن حصين وهو في البيوع لابن أبي عاصم كما تقدم وعن بن عباس في الكبير للطبراني والبزار وعن ابن عمر أخرجه عبد الرزاق وإسناده قوي. انظر: تلخيص الحبير: 3/12.

وقال ابن حبيب وغيره[1]: إن الملاقيح ما في بطون الإناث، والمضامين ما في أصلاب الفحول[2].

وكل بيع دخل فيه غرر، أو مجهول من ثمن، أو مثمون أو في أجل فلا يجوز.

ولما لم يكن قبض المبتاع في البيع الفاسد على الأمانة كان لما قبض ضامناً فكما أجعل منه التَّوَى[3] أجعل له النماء وأوجب عليه القيمة.

قال مالك: يرد[4] الحرام البين فات أو لم يفت[5].

وما كان مما كرهه الناس رد إلا أن يفوت فيترك[6].

قال محمد: قال ابن القاسم: مثل من أسلم في ثمر حائط بعينه وقد أزهى، ويشترط أخذه تمراً فيفوت بالقبض، وقيل: إذا وقع لم يرد[7].

وقال[8] ابن القاسم في كتاب بيع الخيار: وأكره لبائع ثمر[9] نخله استثناء ثمرة[10] أربع نخلات يختارها، فإن نزل أمضيته لما قال فيه مالك[11].

ومثله في الأكرية فيمن اكترى بثوب وشرط[12] حبسه يومين أو ثلاثة، لا لتوثق ولا انتفاع[13].

ومن البيوع ما لا يمضي لشرط فيه أو كذب فإذا تركه مشترطه؛ جاز.

---

(1) قوله: (وغيره) ساقط من (ف1).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/149.

(3) التوى مقصور: هلاك المال، انظر: الصحاح، للجوهري: 6/2290.

(4) في (ف1): (نرى).

(5) في (م): (تفت).

(6) انظر: المدونة: 7/57.

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/171.

(8) في (ف1): (قال).

(9) في (ف1): (ثمرة).

(10) في (ف1): (ثمر).

(11) انظر: المدونة: 7/140.

(12) في (ف1): (ثوباً).

(13) انظر: المدونة: 8/135.

فإذا فات قبل العلم به قضي لطالب الفضل بما هو أفضل له من قيمة أو ثمن، وذلك مفسر في مواضعه فمنه بيع الكذب في المرابحة وبيع وسلف.

محمد: والبيع على أن يتخذ الأمةَ أمَّ ولد أو على أن لا يخرجها من البلد.

محمد: هذا قول ابن القاسم وروى أشهب أنه يفسخ في شرط الاتخاذ والخروج من البلد.

ومنها ما يكره أن يبتدئاه فإن وقع؛ جاز وبطل الشرط كالبيع على أنه إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام؛ فلا بيع بينهما[1].

وما فسد من البيع لفساد عقده أو لفساد ثمنه؛ فلا بد من فسخه[2].

قال ابن عبدوس: فما فسد لفساد ثمنه ففات، رد إلى قيمته، وما فسد لفساد عقده كبيع يوم الجمعة، وبيع الولد دون أمه ففات، فإنه يمضي بالثمن المسمى كالنكاح الذي فساده في عقده ففيه المسمى، والذي فساده في صداقه ففيه [(م: 196/أ)] صداق المثل.

ومن ذلك بيع العبد المسلم، أو المصحف من ذمي في قول غير ابن القاسم.

قال ابن القاسم: وكل بيع انعقد فاسداً؛ فضمان السلعة فيه من البائع، حتى يقبضها المبتاع، وكل ما كان من حرام بين ففسخ فعلى المبتاع رد السلعة بعينها[3].

فإن فاتت بيده رد القيمة فيما له قيمة، والمثل فيما له مثل من موزون أو مكيل من طعام أو عرض، وجزاف الطعام كالعروض فيه القيمة، والقيمة فيما ذكرنا يوم قبضها لا يوم البيع، ويرد المثل بموضع قبضه، والفوت مختلف فالرقيق يفيته العتق والكتاب والتدبير والولادة.

محمد: والوطء فقط.

---

(1) عياض: ومسألة: إن لم تأتني بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بيني وبينك، أجازه في الكتاب إذا وقع مع كراهته له، وأبطل الشرط.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1603.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/171.

(3) انظر: المدونة: 7/327.

ويفيتها ويفيت الحيوان والثياب ونحوها من العروض النماء والنقص في السوق أو بدن، والعيب يحدث، والبيع والهبة والصدقة، وبيع بعض الدار، وما لم يحل السوق فليس طول الزمان فوتاً إلا في الحيوان والرقيق فإنها لا تثبت أن تحول في بعيد المدة، ولا يفيت الدور والأرض إلا بيع أو بناء أو هدم أو غرس.

محمد: ولا يفيتها الزرع[1].

ابن القاسم: ولا يفيتها حوالة سوق أو طول زمان[2].

قال أشهب: حوالة السوق في الدور فوت.

قال أصبغ: طول الزمان فيها فوت مثل عشرين سنة[3].

محمد: ولو أثمرت النخل عند المبتاع في البيع الحرام؛ ردت مع الأصل، إلا أن تطيب فتكون للمبتاع جدت أو لم يجد[4].

قال ابن القاسم: وإن تغير سوق السلعة ثم عاد لهيئته فقد وجبت القيمة[5].

وكذلك إن ولدت الأمة ثم مات الولد[6].

وأما إن باعها ثم رجعت إليه بعيب أو شراء أو هبة أو ميراث، قال في التدليس: أو أمة كاتبها ثم عجزت بعد أيام يسيرة فله الرد إلا أن يتغير سوقها قبل رجوعها إليه فذلك فوت[7]، وإن عاد لهبته أو يمضي للأمة مثل الشهر؛ فلا بد أن تتغير في

---

(1) انظر: منتخب الاحكام، لابن أبى زمنين: 2/805

(2) انظر: المدونة: 9/281.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/172.

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/319.

(5) انظر: المدونة: 7/52.

(6) انظر: المدونة: 7/55.

(7) عياض: وقوله: (في بائع السلعة وقد اشتراها شراء فاسداً، فردت عليه بعيب، أو اشتراها من مشتريها منه ولم تتغير في بدن ولا سوق وليس بيعها فوتا إذا رجعت على أسواقها). قال في كتاب الهبات: (إذا وهب هبة للثواب فباعها الموهوب ثم اشتراها؛ لزمته القيمة حين باع). وعارض بعض الأندلسيين قول ابن القاسم هنا بما هناك، وأن ما في الهبات مثل ما لأَشْهَب في البيوع الفاسدة، وقال القرويون: المسألتان مفترقتان؛ وذلك أن مسألة الهبة بيعه لها اختيار لها، فلزمته القيمة، والبيع

بدنها فتفوت[1].

وأشهب يفتيها بعقد البيع والكتابة وإن رجعت إليه بقرب ذلك.

قال ابن القاسم: وليس للبائع أخذ ما نقص في بدن أو سوق راضياً بنقصه إلا برضا المبتاع كما ليس للمبتاع أن يرد ما زاد في بدن أو سوق إلا برضا البائع.

قال[2] محمد: وبعد المعرفة بالقيمة[3].

قال في التدليس: ورهن العبد في البيع الفاسد وإجارته فوت؛ إلا أن يقدر على افتكاكه من الرهن لملائه، أو يقدر على فسخ إجارته[4].

قال أشهب: إذا رهنها فقد لزمته القيمة[5].

محمد: من ابتاع حلياً بيعاً فاسداً؛ فإن كان جزافاً أفاته حوالة الأسواق وليرد قيمته، وإن كان على وزن لم يفته ذلك ورد مثله[6].

قال ابن القاسم: ولا ينظر فيما ذكرنا إلى الأقل والأكثر من قيمة أو ثمن إلا في بيع وسلف وشبهه، وليس ما ذكرنا من حوالة سوق، أو بدن يفيت الرد بالعيب في البيع الصحيح، وإن كان عيباً مفسداً فإنه يردها وما نقصها، ولا شيء عليه في العيب الخفيف ولا يفيت ردها.

= الفاسد يغلبان على فسخه، فهما متهمان أن يفعلا فيه ما يكون حيلة لإجازته، وفي هذا التفريق نظر. وقال فضل: اعتبر ابن القاسم أصله في كتاب الشفعة (فيمن اشترى شِقصاً بيعاً فاسداً فباعه) ؛ أنه لا يأخذه بالصفقة الأولى؛ لأنها فاسدة، فإن نقضنا الثاني انتقض الأول.

وأَشْهَب - أيضاً - جرى على أصله هناك أنه يأخذ بأيتهما شاء، الأولى بقيمة الشقص لفواته بالبيع، والثانية بالثمن، قال فضل: وهو أشبه بأصولهم.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1583 و1584.

(1) انظر: المدونة: 7/ 329.

(2) قوله: (قال) زيادة من (ف1).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 173.

(4) في (ف1): (الإجارة)، وانظر المسألة في: المدونة: 7/ 330.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 174.

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 173.

والفرق أن بيع الحرام دخل فيه المتبايعان بمعنى واحد فليس للمبتاع رده في النقص كما ليس للبائع أخذه في الزيادة، والعيب سببه من غير البائع خاصة [(م: 196/ب)] فالحجة للمبتاع في الرد[1].

وكذلك فيما ذكرنا البيع بين مسلم وذمي.

قال: ومن بيع الغرر بيع الجنين في بطن أمه، أو بيع أمه واستثناء ما في بطنها، أو بيع شاة على أنها حامل، أو بيع ما تنتج نتاج الناقة، أو بيع بعير شارد، أو عبد آبق، أو ثمرة لم يبد صلاحها.

ولو كان الآبق قريبَ الغيبة ما جاز شراؤه، ولا شراء ما ضلَّ أو ندَّ من بعير أو شاة، إلا أن يدعي المبتاع معرفته بمكان عرفه فيه فيكون كبيع الغائب ويتواضعان الثمن[2] فإن ألفاه على ما يعرف تمَّ البيع، وإن تغير أو تلف كان[3] من البائع، وأخذ هذا ثمنه[4].

يريد وهذا إذا علم أنه عند رجل في حياطة، ونحوه[5].

وضمان ما ذكرنا فساد بيعه من آبق أو شارد أو ثمرة[6] من البائع حتى يقبضه المبتاع فإذا قبضه المبتاع[7] رده إن لم يفت؛ فإن فات بعد أن قبضه فليرد فيما له قيمة

(1) انظر: المدونة: 7/55 و56.

(2) عياض: وقوله: (في شراء الآبق إذا ادعى معرفته وموضعه؛ فلا بأس إذا تواضعا الثمن).
هذا يدل على توقيف الثمن فيها إذا طلبه البائع، وكذلك في المواضعة، وكذا في كتاب الغرر ليحيى بن سعيد في شراء الغائب، ومثله بعد هذا في باب: البيع على الحميل إذا كان الثمن سلعة، وكذا في كتاب ابن حبيب ومحمد في الغائب، وقاله سحنون وهو أحد قولي مالك، وهو جل المذهب، واختيار عبد الحق وأبي عمران والصديني وجماعتهم، ولم يفرقوا بين الغائب والمواضعة. وفي المستخرجة: ليس عليه إيقافه، وإليه ذهب بعض مشايخ الفاسيين، وقاسها على الرهن.اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة:، ص: 1587 و1588.

(3) قوله: (كان) ساقط من (م).

(4) انظر: المدونة: 7/69.

(5) في (ف1): (ونحو ذلك).

(6) في (م): (ونحوه).

(7) قوله: (المبتاع) زيادة من (ف1).

قيمته يوم قبضه، ويرد مكيلة الثمرة إن جدّه تمراً، وإن أكله رطباً رد قيمته.

يريد إذ لا يعرف مكيلته، وإذ ليس في زمان يوجد مثله.

قال ابن القاسم: وثمر النخل في البيع الفاسد مصيبتها من البائع ما دامت في رؤوس النخل[1].

يريد في بيع الثمر فقط، وإذا جمعت صفقة حلالاً وحراماً فسد جميعها.

ولا يجوز بيع سلعة بثمن إلى أجل مجهول، وليس للمبتاع تعجيل النقد لإجازة البيع لأنه عقد فاسد وللبائع أخذها أو قيمتها في الفوت.

وكذلك على أنها بالنقد بدينار، أو إلى شهر بدينارين، وكذلك على أنها إلى شهر بدينار، أو إلى شهرين بدينارين على إلزام لهما أو لأحدهما فإن كان على غير إلزام؛ جاز ذلك.

ولا بأس بالبيع إلى الحصاد أو الجداد[2] أو العصير[3]؛ ....

---

(1) انظر: المدونة: 70/7.

(2) عياض: والحصاد والجَذاذ والجِذاذ، بالفتح والكسر فيهما.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1588.

(3) عياض: يخرج من مسألة: (البيع إلى الحصاد) جواز البيع على أن يقضيه في شهر كذا، وقد اختلف فيه؛ قيل بالجواز والأجل نصف الشهر، كما قال في مسألة الحصاد: معظمه، والعادة أنه في وسط أوقاته.

وقيل: لا يجوز؛ لأنه لم يوقت وقتاً منه. وأمر النبي ﷺ عبد الله بن عمرو بن العاص أن يبتاع ظهراً إلى خروج المصدق ليجهز به جيشا. قال أبو عِمرَان: إنما كان هذا لأنها أحد الوجوه التي تفرق فيها الصدقات، ولا يقال في هذا: إنها قدمت قبل وقتها؛ لأنها لم تؤخذ إلا في حينها.

قال القاضي: أبين من هذا أن يقال: إن مشتريها والمجهز بها صارت دينا عليه، فإذا جاء المصدق كان للإمام أن يدفع إلى هذا ما عليه من الدين؛ لأنه من الغارمين، قال أبو عِمرَان: ولا بأس أن يؤخذ البعير بالبعيرين على وجه الحاجة لتجهيز الجيش كما ذكر، أو لشدة الحاجة والفقر، وهو محمول على اختلاف المنافع. قال القاضي:: لعل هذه الأبعرة المشتراة مختلفة المنافع مما يجوز تسليم بعضها في بعض، وفيما ذكره الشيخ من حاجة الفقر نظر ولا يساعد عليه، ولو جاز هذا لجاز تسليم القليل في الكثير، وقل ما يفعله إلا ذو الحاجة والضرورة، ولبطل باب: سلف جر نفعاً من أصله، ومسألة: (اعصر زيتونك هذا فقد أخذت منك زيته كل رطل بدرهم).

=

لأنه أمر[1] معروف أو إلى العطاء إن كان قائماً معروفاً وقته، وإن كان المهرجان وفِصح النصارى[2] وصومهم والميلاد ورفع جرون بئر زرنوق[3] أمر معروف؛ فهو أجل جائز.

وإذا اختلف الحصاد بالبلد نظر إذا أحصد عظم البلد ولا ينظر إلى غيرها، وقد أمر

=

وقوله: (إن كان الزيت يختلف إذا خرج من عصره فلا خير فيه، إلا أن يشترط إن خرج جيدا أخذته بكذا وكذا أو يشترط أنه بالخيار ولا ينقد)، قال بعض الأندلسيين: ينبغي أن يكون هذا بشرط أنهما بالخيار معاً، وإلا لم يجز إذا كان يختلف، وذهب اللخميّ أنه لا يلزم، وهو ظاهر ما اختصر عليه المختصرون، وأن هذا من الباب الذي حكاه سحنون في كتاب الغرر عن جُل أصحابمالك في البيع على أنه بالخيار إذا رأى، وهي المسألة بعينها، وعلى ما ذكره البغداديون أنه غير جائز، وسنذكرها.
ومسألة بيعتين في بيعة لا خلاف في منع مسألة الكتاب (في بيع سلعة بالنقد بدينار أو إلى أجل بدينارين على إيجاب البيع على أحد الثمنين)، وكذلك في كتاب ابن حبيب في بيعها بدينار نقداً أو بدراهم إلى أجل، فأما لو كان الكل نقدا، فقال له: خذه بدينار أو بدينارين أيهما شئت على إيجاب البيع، فهو جائز.
قال أبو عِمرَان: والثمن الدينار لا شك فيه والآخر كالهبة، بدليل أنه لو استحق أحد الدينارين إذا كانا معينين لما انتقض البيع ولا كان على المشتري خلفه، وكذلك لو كان بدينار نقداً أو مؤخراً لجاز وكان النقد تفضلاً من المشتري وتعجيلاً ؛ لأن البائع قد رضي بأقل الثمنين وبالتأخير، فما زاده المشتري أو عجل له ففضل منه لم يلزمه. ولو كان بدينار نقداً أو شاة نقداً، فمالك لا يجيزه؛ إذ لا يدري ما وقع عليه البيع من أحد الثمنين، وعبد العزيز وأَشْهَب يجيزانه.
ولو كان أحدهما مؤخراً لم يختلف أنه لا يجوز، كالوجه الأول؛ لأنه من الدين بالدين، وفي الطعام بيعه قبل استيفائه، وفي العين التأخير والتفاضل مع المخاطرة، والغرر، ومجهلة حقيقة الثمن في جميع ذلك، وسيأتي بقية الكلام على ما تعلق بها، وتمام بابها في كتاب الخيار، إن شاء الله تعالى.اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1588، وما بعدها.

(1) قوله: (أمر) زيادة من (ف1).

(2) عياض: وفِصح النصارى - بكسر الفاء وإهمال الصاد والحاء: فطرهم من صومهم. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1588.

(3) عياض: (وجرون بئر زرنوق بضم الجيم والراء جمع جرين وهو الأندر كذا جاءت الرواية فيه بزيادة واو وصوابه جُرُن، بغير واو، وبئر زرنوق بفتح الزاي فسرها في الكتاب أنها بئر عليها زرع وحصاد).اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1588.

النبي ﷺ عبدَ الله بن عمرو بن العاص أن يبتاع ظهراً إلى خروج المصدق[1].

وقد ذكرنا في باب السلم: البيع على أن يقبض ببلد آخر، ولم يذكر أجلاً، وأن العين بخلاف العرض في ذلك، ولا يجوز شراء سلعة بمائة مثقال من ذهب وفضة لا يسمي كم من هذا أو هذا، ولا يجوز شراؤها على حكمه، أو حكم البائع أو حكم غيرهما[2].

ومن كراء الدور: وإن اكترى بدينار أو دراهم لم يصفها، والنقد مختلف فإن كان نقد الكراء معروفاً في سنة الناس؛ جاز وحملا على ذلك، وإلا فسخ الكراء وكان له[3] فيما مضى كراء المثل[4]، وكذلك البيوع.

ومن حريم البئر: ومن باع وأخذ رهناً، وشرط في أصل البيع قبض الثمن من غلته؛ لم يجز لأنه مجهول قدره، وقد لا يكري أصلاً ولو فعلا[5] ذلك بعد صحة العقد أو كان ديناً متقدماً[6] من قرض أو غيره أحاله[7] به؛ جاز[8].

ومن السلم الثاني[9]: ومن ابتاع داراً على أن ينفق على البائع حياته؛ لم يجز، وفسخ والغلة للمبتاع بضمانه، ويرجع على البائع بما أنفق عليه، وإن فاتت[10] الدار [(م:

---

(1) انظر: المدونة: 7/75.

(2) عياض: وقوله: (إن اشتريت سلعة بعينها بحكمي أو بحكم فلان). كذا في كتاب ابن عتاب بعينها. وفي كتاب ابن المرابط: بقيمتها أو بحكمي، قال فضل: رواية يحيى: بعينها بحكمي، وروى غيره: بقيمتها أو بحكمي، والمسألة على الروايتين صحيحة الجواب لمجهلة الثمن، كانت معينة أو غير معينة.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1586 و1587.

(3) في (ف1): (لهما).

(4) انظر: المدونة: 8/214.

(5) في (م): (فعل).

(6) قوله: (دينا متقدما) يقابله في (م): (دين متقدم).

(7) في (ف1): (أحالك).

(8) في (ف1): (لجاز)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/446.

(9) في (م): (الثالث).

(10) في (ف1): (فات).

[197/أ)] ببناء، أو هدم غرم قيمتها يوم قبضها[1] ومن اكتراها على هذا كان له قيمة ما أنفق، وعليه قيمة كراء ما سكن، وقد كتبتها في الأكرية.

ومن البيوع الفاسدة قال: ولا يجوز أن تبتاع[2] جارية بجاريتين غير موصوفتين ويرد ذلك، فإن فاتت الجارية عندك بعيب لزمتك[3] قيمتها يوم القبض، وليس لبائعها منك أخذها مع ما نقصها، ولا أخذها بغير شيء يأخذه لنقصها[4]، وكذلك لو نقص سوقها فقط فرضي أخذها فليس ذلك له، كما ليس له ردها عليه مع ما نقصها من عيب[5]، ولا بعد زيادتها في سوق أو بدن إذا لم يقبلها البائع إلا أن يجتمعا في جميع ما ذكر[6].

قال محمد: وبعد معرفتهما بالقيمة التي وجبت بتغيرها.

ولا يجوز أن تبتاع عبداً على ألا تبيع ولا تهب ولا تتصدق؛ فإن فات بيدك رددت قيمته.

وقال عمر: للذي ابتاع أمة من زوجته على أنه متى ما باعها كانت أحق بها بالثمن لا تقربها وفيها شرط لأحد.

وأكره أن يجمع رجلان سلعتيهما في البيع؛ فيبيعانهما بثمن يسميانه؛ لأن كل واحد لا يدري بما باع، ولا بما يطالب في الاستحقاق[7].

وكذلك إن أكرى[8] هذا داره، وهذا عبده في صفقة هكذا، وأجازه كله أشهب، وقد كان ابن القاسم يجيزه.

---

(1) انظر: المدونة: 6/305.

(2) في (م): (يبتاع).

(3) في (ف1): (لزمك).

(4) في (ف1): (لنقصانها).

(5) قوله: (من عيب) يقابله في (ف1): (بعيب).

(6) قوله: (يجتمعا في جميع ما ذكر) يقابله في (ف1): (يجمعها في جميع ما ذكرنا)، وانظر المسألة في: المدونة: 7/53 و54.

(7) انظر: المدونة: 7/81.

(8) في (م): (أكريا).

وإن[1] باعاهما على أن أحدهما بالآخر حميل؛ لم يجز، وكأنه ابتاع من الملي على أن[2] تحمل له بالمعدم، وكمن ابتاع منك سلعة على أن تحملت له بمال.

ومن باع أو أقرض على أن يأخذ فلاناً حميلاً؛ فذلك جائز إن رضي فلان[3]، وكان بحضرتهما أو قريب الغيبة، ولم ينتقد ثمن السلعة، وإن كان بعيدَ الغيبة فالبيع فاسد.

ولو كان قريباً فلم يرض لم يلزم بيع ولا قرض، إلا أن يرضى الدافع بتركه أو يرضيا جميعاً بحميل غيره[4].

ولو كان ذلك خلعاً أو صلحاً من دم عمد، فامتنع الكفيل فالزوجة في عصمته وهو على حقه في الدم.

وأما النكاح على هذا فلا يجوز، إذ لا خيار فيه،ولا يجوز على إن لم يأت بالمهر إلى أجل كذا، وإلا فلا نكاح بينهم.

وأما البيع على هذا فأمضيه، وأبطل الشرط[5].

وإن بعته سلعة على أن يرهنك عبده الغائب جاز، وكما لو بعتها به، وتوقف السلعة الحاضرة حتى يقبض العبد الرهن الغائب، وإن هلك في غيبته فليس للمبتاع أن يرهنك سواه ليلزمك البيع؛ ولك رده إلا أن يشاء كما ليس له أن يبدل ما رهنك بغيره، ولأنك إما بعته على أن يسلم إليك رهناً بعينه[6]، وأما إن هلك الرهن بيدك بعد أن

---

(1) في (ف1): (فإن).

(2) في (ف1): (أنه)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/167.

(3) عياض: فيه جواز أخذ الحميل في القرض، وجواز الخيار في القرض، وجواز خيار غير المتعاقدين في البيع، ومثله في القرض.اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1600.

(4) عياض: فيه دليل على جواز البيع على خيار بعد خيار؛ لأن الخيار أولاً للحميل، ثم صار بعده للبائع. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1601.

(5) انظر: المدونة: 7/82 و83.

(6) عياض: وقوله: (بعته على أن يرهنني عبداً له غائباً؛ جاز)، ولم يشترط فيه من قرب الغيبة ما اشترط =

قبضته فلا يكن لك سواه، ولا رد للبيع ولا استعجال الثمن؛ لأن هذا بيع قد تمَّ عقده قبل هلاك الرهن.

وإن بعته على حميل لم يسمياه أو رهن لم يصفاه؛ جاز، وعليه الثقة من رهن أو حميل، فإن سميتما الرهن أجبر أن يدفعه إليك إن امتنع[1]، وأكره البيع على أنه إن لم يأتك بالثمن إلى أجل كذا[2].

وقال في باب آخر: إلى عشرة أيام فلا بيع بينكما، فإن نزل مضى وبطل الشرط، ولكني أجعل هلاك [(م: 197/ب)] السلعة وإن كانت حيواناً من البائع؛ حتى يقبضها المبتاع بخلاف البيع الصحيح يحتجبها بالثمن.

قال ابن وهب: إنما يجوز إذا ضرب أجلاً كأجل الخيار، وإن بعد الأجل كان بيعاً فاسداً، وقاله ابن عبد الحكم.

ومن كتاب بيع الغائب: ومن باع سلعة عنده بصفة على أنه إن لم يأت بها إلى يوم أو يومين، فلا بيع بينهما كرهته، وإن وقع أمضيته وأبطلت الشرط[3].

وأما بائع السلعة على أنه متى ما رد الثمن؛ فهي له بيع فاسد لا يجوز، وهذا مذكور في باب البيع والسلف[4].

= في الحميل.

قال بعضهم: يجوز في الرهن وإن كان بعيد الغيبة، ألا ترى تشبيهه... لها بالبيع، وأَشْهَب يسوي بينهما ولا يجيزه إلا في قريب الغيبة، وفي النوادر: إن كانت غيبة الرهن بعيدة لم يجز البيع، إلا أن يكون الرهن أرضاً أو داراً أو يقبض السلعة المشتراة؛ لأن النقد فيها يجوز، وقال حمديس: قياس الرهن على الحميل أولى، وقد طرح سحنون اسمه على المسألة لينبه على الفرق بين الرهن وبين السلعة الغائبة.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1601و1602.

(1) في (ف1): (يمتنع).

(2) انظر: المدونة: 7/83 و84.

(3) انظر: المدونة: 7/162.

(4) انظر: المدونة: 7/29.

ومن كتاب البيوع الفاسدة: ومن ابتاع أمة على أن[1] يتخذها أم ولد، أو على أن يدبرها أو يعتقها إلى أجل؛ لم يجز للغرر بموت السيد أو الأمة قبل تمام ذلك، ولحدوث دين يرد المدبر؛ فإن فاتت المشترط فيها أن يتخذها[2] أم ولد بولد أو عتق أو فاتت المشترط فيها التدبير أو العتق بذلك أو غيره؛ فللبائع الأكثر من قيمتها يوم قبضها أو الثمن.

فأما إن ابتاعها على تعجيل العتق جاز؛ لأنه تعجل شرطه[3] الذي وضع به من الثمن فإن أبى أن يعتق[4] فإن كان على الإيجاب لزمه العتق، وإن لم يكن على الإيجاب؛ فللبائع ترك العتق وتمام البيع أو يرد البيع فإن رد بعد أن فاتت فله القيمة[5].

قال أشهب: لا يرد ويلزمه العتق بما شرط.

ومن باع أمة ولها ولد حر رضيع وشرط عليهم رضاعه ونفقته سنة؛ فذلك جائز إذا كان إن مات الصبي أرضعوا له آخر[6].

قال سحنون: لا أدري لم جوز هذا البيع، وهي مسألة ضرورة[7].

وقولهم في الظئر: لا يجوز أن يشترط عليها إن مات الولد أن تأتي بغيره[8].

وبيع المريض من ولده بغير محاباة جائز[9]، وكذلك في وصيته أن يبتاع عبد ابنه

---

(1) في (م): (من).

(2) في (م): (تتخذ).

(3) في (ف1): (بشرطه).

(4) في (م): (تعتق).

(5) انظر: المدونة: 7/ 63و64.

(6) انظر: المدونة: 7/ 89.

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 165.

(8) انظر: 8/ 95.

(9) عياض: ظاهره أن المحاباة سواء كانت في ثمنه أو عينه، وأن يريد تخصيصه به من بين سائر ورثته للرغبة فيه، وإن باعه بأكثر من قيمته - كما قال ابن القاسم في سماع أبي زيد - إن كان من المرغوب في ملكه؛ لم يجز.

وقال سحنون في مثله: هذا من المحاباة.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1607.

فيعتق إلا أنه لا يزاد على قيمته.

ولا يجوز بيع البكر وإن بلغت حتى يدخل بها ويعرف من حالها[1].

ومن كتاب القسم: وإن باع منه مورثه من هذه الدار؛ فإن عرفا مبلغه جاز، وإن لم يسمياه، وإن جهله أحدهما أو كلاهما؛ لم يجز[2].

ومن كتاب الشفعة قال: وإن صالحه في[3] حق ادعاه عليه في داره هذه[4] ولم يسمه، فإن عرفاه جميعاً أو جهلاه جميعاً؛ فذلك جائز، وإن جهله أحدهما وعرفه الآخر؛ لم يجز، والصلح كالبيع في هذا[5] عند مالك[6].

قال في كتاب القسم: وكذلك لو ورثا دارين، فباع كل واحد منهما من صاحبه نصيبه في إحداهما بنصيب الآخر في الأخرى، أو على أن أخذ أحدهما إحدى الدارين وثلث الأخرى بحقه وسلم ما بقي؛ فإن جهل أحدهما مبلغ حقه منهما؛ لم يجز[7].

ولا يجوز صلح الزوجة على مورث لا يعلم مبلغه.

والمجهول في الهبة يجوز لا في بيع.

وإن ابتاع داراً غائبة عرفها، ولم توصف في الوثيقة، فإن أقرَّا أنهما تبايعا ما عرفا تمَّ البيع[8].

ومن كتاب التجارة بأرض الحرب: ولا يجوز أن يبتاع من رجل طعاماً على ما ابتاع منه فلان، أو يخيط لك ثوباً بمثل ما خاط لفلان، وكذلك الصبغ والصياغة والإجارة فمكروه [(م: 198/أ)] ذلك كله إذا لم يعلم حينئذ ما كان أول ذلك[9].

---

(1) انظر: المدونة: 7/88.
(2) انظر: المدونة: 10/38 و39.
(3) في (ف1): (من).
(4) قوله: (داره هذه) يقابله في (ف1): (هذه الدار).
(5) قوله: (في هذا) زيادة من (ف1).
(6) انظر: المدونة: 9/495.
(7) انظر: المدونة: 10/106 و107.
(8) انظر: المدونة: 7/162.
(9) انظر: المدونة: 7/292.

وفي كتاب بيع البرنامج باب في الغرر يشبه هذا الباب.

جامع ما يجوز بيعه أو يكره بيعه من الأشياء

نهى الرسول ﷺ عن ثمن الكلب[1]، وأباح اتخاذه لضرع أو زرع[2]. وقال: «**لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها**»[3].

فدلَّ أن ما حرم أكله حرم بيعه.

وأذن في النفع بجلد الميتة[4].

وقال في الخمر: «**إن الذي حرم شربها حرم بيعها**»[5].

وأمر بطرح المائع من السمن تقع فيه فأرة[6].

قال ابن القاسم: فلا يجوز بيع ميتة، ولا جلدها وإن دبغ، ولا يؤاجر به على

---

(1) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/779، في باب ثمن الكلب، من كتاب البيوع، برقم: 2122، ومسلم: 3/1198، في باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي، من كتاب المساقاة برقم: 1567، ومالك: 2/656، في باب بيع اللحم باللحم، من كتاب البيوع، برقم: 1338.

(2) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/818، في باب اقتناء الكلب للحرث، من كتاب المزارعة، برقم: 2198، ومسلم: 3/1204، في باب الأمر بقتل الكلاب وبيان نسخه وبيان تحريم اقتنائها إلا لصيد أو زرع أو ماشية ونحو ذلك، من كتاب المساقاة، برقم: 1576، ومالك: 2/969، في باب ما جاء في أمر الكلاب، من كتاب الاستئذان، برقم: 1740.

(3) تقدم تخريجه.

(4) متفق عليه، أخرجه البخاري: 5/2103، برقم: 5211، ومسلم: 1/276، في باب طهارة جلود الميتة بالدباغ، من كتاب الحيض، برقم: 363.

ولفظه عند مسلم: عن عبد الله عن ابن عباس قال: تصدق على مولاة لميمونة بشاة فماتت فمرَّ بها رسول الله ﷺ فقال: هلا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به؟ فقالوا: إنها ميتة، فقال: إنما حرم أكلها.

(5) أخرجه مسلم: 3/1206، في باب تحريم بيع الخمر، من كتاب المساقاة، برقم: 1579، ومالك: 2/846، في باب جامع تحريم الخمر، من كتاب الأشربة، برقم: 1543.

(6) أخرجه البخاري: 1/93، في باب ما يقع من النجاسات في السمن والماء، من كتاب الوضوء، برقم: 233، مالك: 2/971، في باب ما جاء في الفأرة تقع في السمن...، من كتاب الاستئذان، برقم: 1748.

طرحها لأن ذلك بيع، ولا تباع عظامها، وأكره بيع أنياب الفيل والتجارة بها، والامتشاط والدهن فيها، ولا يطبخ بعظام الميتة أو يسخن بها ماء لعجين أو وضوء، ولا بأس أن يوقد بها على طوب أو حجارة للجير[1].

ولا يباع زيت الفأرة، ولك أن تستصبح به، وكذلك العسل لك أن تعلفه النحل[2].

ومن كتاب الرهن: وإذا ملك مسلم خمراً أهرقت عليه؛ فإن اجترأ فخللها أساء وأكل الخل[3].

وكرهه عبد الملك وسحنون[4].

ولا يباع الكلب وإن كان لزرع أو ضرع.

وأجاز بعض أصحاب مالك بيعه لزرع أو ضرع[5].

ومن كتاب الصيد: ومن قتل كلباً لرجل، فإن كان من كلاب الدور مما لم يؤذن فيه؛ فلا شيء عليه، وإن كان مما أذن في اتخاذه؛ فعليه قيمته، كما يغرم قاتل أم الولد وهي

---

(1) عياض: وقوله في عظام الميتة: (لو طبخ بها جير أو طوب لم يكن به بأس). ظاهره جواز الانتفاع بها، خلاف ما في كتاب محمد من أنه لا يحمل الميتة إلى كلابه، وقيل: لعل هذا تكلم فيما طبخ بها لا في جواز ابتداء الفعل، وقيل: بل لعله وجدها مجتمعة فأطلق فيها النار ولم ينقلها، فكانت كجواز سوق الكلاب إليها، وهذا بعيد في صورة طبخ الحجارة والجير والطوب إلا بترتيب وعمل ومعاناة لما تطبخ به، مع أن الفرق بين إطلاق النار فيها لمنفعته وتناوله في ذلك بنفسه أو بأمره، وبين سوق كلابه إلى موضع الميتة حتى رأوها وتناولوها بيِّن.

وظاهر المسألة استعمال هذا الطوب والجير في كل شيء وطهارته؛ إذ لم يخصه في شيء، ولأنه وإن باشر النجاسة أو داخلها من رطوبتها شيء فقد أذهب النار عينها وأثرها وحكمها؛ كالدباغ في جلد الميتة، وكذلك ما طبخ به من فخار، بخلاف ما ينعكس فيه من الطعام دخانه وبخاره أو يلاقيه من رطب الشواء والخبز. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1593و1594.

(2) انظر: المدونة: 1/118.

(3) انظر: المدونة: 9/296.

(4) انظر: التبصرة، للخمي: 1622.

(5) انظر: البيان والتحصيل: 8/82 و18/611، والنوادر والزيادات: 4/384.

لا تباع[1].

ومن كسر لذمي خمراً أدى قيمته، هذا قول ابن القاسم.

وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون: لا شيء عليه للذمي[2].

ولا يجوز بيع كلب[3] سَلُوقي[4] أو غيره، ويجوز بيع الأسد والسباع والفهود والنمور والذئاب إن كان ذلك لتذكى لأخذ جلودها[5].

ومن كتاب البيوع الفاسدة: وأكره بيع العذرة ليزبل بها الزرع أو غيره[6]، وليست كأرواث الدواب تلك لا بأس ببيعها.

قال أشهب: والمبتاع فيها أعذر من البائع، ولا بأس ببيع خثاء البقر[7] وبعر الإبل والغنم[8].

ومن كتاب الجعل: وكره مالك بيع الأمة بشرط أنها مغنية وإن وقع فسخ[9].

---

(1) انظر: المدونة: 3/138.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/125.

(3) قوله: (كلب) ساقط من (ف1).

(4) سَلوق مدينة تنسب إليها الكلاب السَّلُوقِيَّة، وهي من الكلاب أجودها. انظر: لسان العرب، لابن منظور: 10/159.

(5) انظر: المدونة: 3/137و 138.

(6) عياض: ومسألة: بيع الزبل والرجيع، قول أَشْهَب في الكتاب: (المشتري أعذر من البائع) إنما هو في الزبل؛ لأنه بيَّنه بعد؛ قال: (وأما بيع الرجيع فلا خير فيه)، ووقع له في كتاب محمد: المشتري أعذر من البائع في الرجيع أيضاً، وكلام ابن القاسم في إجازة بيع الزبل وأن قياس قول مالك أنه لا يجوز؛ لأنه كره بيع الرجيع لأنه نجس، فكذلك الزبل أيضاً. ومساق قول ابن القاسم حين سوى بينهما في النجاسة، ثم أباح بيع الزبل، يدل على جواز بيع العذرة، إلا أن يقال: فرق بينهما للاختلاف في نجاسته.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1592و1593.

(7) عياض: وقوله: (خُثَاء البقر) صوابه خِثْي للواحد وأخثاء للجمع.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1593.

(8) انظر: المدونة: 7/78.

(9) انظر: المدونة: 8/61.

قال سحنون: وينبغي أن تباع ولا يذكر غناؤها، فإذا تم البيع ذكر ذلك فإما رضيها المبتاع أو ردها.

قال ابن المواز: لا ترد لأن ذلك لا ينقص من ثمنها[1].

قال ابن القاسم في غير المدونة: ويفسخ البيع في البوق والكَبَر[2]، يؤدب[3] أهله وفي الكبر اختلاف[4]، وقد سهل في دقه في النكاح.

وقد نقلت مسألة الإبل العوادي إلى اختصار الأقضية، ونقلت ذكر بيع غِيران المعادن إلى شبهه[5] من كتاب التجارة بأرض الحرب من بلد العنوة والصلح، وكتبت هناك ذكر بيع ماء العيون والبرك وما تولد فيها، ونقلت إلى السلم مسألة القضاء في هلاك الصبرة المبيعة وفي نقصان الكيل.

في بيع الزرع والثمار والعروض على جزاف أو كيل أو عدد وغير ذلك من ذكر بيع الجزاف من كتاب البيوع الفاسدة وكتاب التجارة بأرض الحرب

[(م: 198/ب)] قال ابن القاسم: ولا بأس أن يشتري زرعاً قد استحصد كل قفيز بكذا نقده الثمن أم لا، وإن تأخر دراسه إلى مثل عشرة أيام أو خمسة عشر يوماً[6].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 14/ 321.

(2) قال ابن منظور الكَبَر بفتحتين: الطبلُ، انظر: لسان العرب: 5/ 125.

(3) في (م): (ويوجب).

(4) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد: 7/ 472، النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 184.

(5) في (ف1): (شبهها).

(6) عياض: كذا عندي وكذا في أصول شيوخي، وهي رواية يحيى بن عمر، ذكرها عنه ابن لبابة، وسقطت لفظة عشرة أيام من رواية غير يحيى، وعند بعضهم: أو أيام يسيرة مكانها.
وفي كتاب محمد: إن لم يأت بالثمن إلى شهر فلا بيع بينهما، قال: أما الدور والرباع فلا بأس به وأما الحيوان فأكرهه؛ لأنه يحول، وشرطه بذلك في العروض باطل والبيع نافذ. وسوى ابن القاسم بين العروض وغيرها، وأبطل الشرط، وكرهه مالك في الجميع، قال ابن لبابة: وجدت لابن القاسم: إذا كان إلى شهر أن سبيله سبيل البيع الفاسد، وكان أبو محمد اللوبي يتأول مسألة الكتاب أن معناها أن =

وإن قال له: اعصر زيتونك هذا فقد أخذت منك زيته كل رطل بكذا، فإن كان خروجه عند الناس معروفاً لا يختلف إذا عصر وكان الأمر فيه[1] قريباً؛ جاز، وجاز النقد فيه، وإن كان مما يختلف؛ لم يجز إلا أن يكون مخيراً فيه ولا ينقده، ويكون عصره قريباً إلى العشرة[2] الأيام ونحوها[3].

ولا يجوز شراء زيتون أو سمسم أو حب فجل بعينه على أن على البائع عصره أو زرعاً قائماً على أن عليه حصاده ودرسه وكأنه ابتاع ما يخرج من ذلك كله وذلك مجهول.

وأما إن ابتعت منه قمحاً على أن يطحنه لك فاستخفه مالك بعد أن كرهه، وكان وجه ذلك عنده معروفاً، وأما ثوباً على أن يخيطه لك أو نعلين على أن يحذوهما؛ فلا بأس بخلاف غزل على أن ينسجه[4].

ولا بأس أن يشتري منه ثلاث جنيات -ورويَ نجيات[5] وهو أصوب إن شاء الله- ؛ لأنها تكون نخيل معلومة من جنانه على أن ما جنى منها أخذه[6] كل أربعة[7] آصع بدينار، وكذلك كشراء ثمر الحائط على ثمره كيلاً أو زرعه اليابس على الكيل أو بيت لا يعلم ما فيه[8] أو صبرة على أن كل قفيز بكذا[9].

البائع لم يمكن المشتري من القبض إلا بعد قبض الثمن.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1606 و1607.

(1) قوله: (فيه) زيادة من (ف1).

(2) في (م): (العشر).

(3) انظر: المدونة: 7/ 76 و77.

(4) انظر: المدونة: 7/ 303.

(5) عياض: قوله: (ثلاث نجيات) كذا في أكثر الروايات فيه، تقديم النون على الجيم، وبعدها ياء باثنتين تحتها، وكذا عند شيوخنا، وضبطوه نجيات بفتح النون والجيم، وبعضهم بكسر الجيم وشد الياء بعدها، ورواه بعضهم جنيات بتقديم الجيم.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1788.

(6) في (ف1): (أخذ).

(7) في (م): (أربع).

(8) في (ف1): (فيها).

(9) انظر: المدونة: 7/ 293.

فأما ابتياعه بعشرين ديناراً من رطب هذا الحائط على أن كذا وكذا صاعاً بدينار يأخذ في ذلك ما يجني كل يوم فقد يقل ما يجني كل يوم[1] ويكثر.

ولابن القاسم في غير المدونة: فلا ينبغي ذلك حتى يسمي ما يأخذ كل يوم[2].

وقد كان الناس يتبايعون اللحم بسعر معلوم يأخذ كل يوم شيئاً معلوماً ويشرع في الأخذ، ويتأخر الثمن إلى العطاء، فكذلك كل ما يباع في الأسواق وكان العطاء يومئذ مأموناً ولم يروه ديناً بدين واستخفوه.

ولا بأس أن يبتاع هذه الدار كل ذراع بكذا وإن لم يعلما ذرعه[3]، وكذلك بيع هذا الثوب كل ذراع بكذا وإن لم يعلما ذرعه[4].

وكذلك جملة غنم كل شاتين بدرهم والثياب كذلك.

قال: وإن فضلت شاة لزمته بنصف درهم، وكذلك إن فضل ثوب.

ولا يجوز شراء لحم شاة قبل أن تذبح، وكذلك على أن كل رطل منها بكذا.

ومن هذا في باب الجزاف، وفي باب الاستثناء من الصفقة، وفي كتاب الجعل وأكثر ما في هذا الكتاب مكرر في غيره.

ما يجوز من بيع الثمر والزرع والمقاثي والقرط والقصيل وجائحة ما يشترى على الجذ من ذلك[5] وما يغلب فيه الحب من البيوع الفاسدة

نهى الرسول ﷺ عن بيع الثمار حتى تزهي، قيل: وما تزهي يا رسول الله: قال تحمر[6].

---

(1) قوله: (ما يجني كل يوم) ساقط من (م).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/155.

(3) في (م): (ذراعها).

(4) انظر: المدونة: 7/295.

(5) زاد بعده في (ف2): قوله: (أو الجذ).

(6) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/766، في باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع، من كتاب البيوع، برقم: 2086، ومسلم: 3/1190، في باب وضع الجوائح، من =

وقال: «لا يباع الحب في سنبله حتى يبيض»[1].

[2] قال ابن القاسم: فلا يجوز في ثمر أو حب بيعه قبل بدو صلاحه، وذلك في الحب غناه عن الماء ويبسه حتى لا ينفعه السقي[3].

محمد[4]: وقال ابن شهاب: وحد ذلك أن يفرك[5]، ولم يأخذ به مالك، إلا أنه إن نزل لم يفسخه.

وقال ابن القاسم: يفسخ ما لم ييبس فيمضي البيع[6].

فأما إذا باع الأرض [(م: 199/أ)] أو الأصل بها في ذلك من زرع أو ثمر غير مزهٍ؛ جاز وهذا في باب آخر.

وإن اشترى تمراً لم يزه -يريد على أن يجده- فجده قبل إزهائه؛ فالبيع جائز[7]

كتاب المساقاة، برقم: 1555، ومالك: 2/618، في باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، من كتاب البيوع، برقم: 1281.

(1) أخرجه مسلم: 3/1165، في باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، من كتاب البيوع، برقم: 1535، ومالك في الموطأ: 2/648، في باب جامع بيع الطعام، من كتاب البيوع، برقم: 1325.

(2) زاد بعد في (ف1): (محمد).

(3) انظر: المدونة: 8/312.

(4) قوله: (محمد) ساقط من (ف1).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/188.

(6) قوله: (البيع) ساقط من (ف1)، وانظر المسألة في: التبصرة، للخمي، ص: 2901.

(7) عياض: ومسألة (الذي اشترى ثمرة قبل أن يبدو صلاحها فجذها قبل بدو صلاحها، قال: البيع جائز إذا لم يكن في البيع شرط أنه يتركها حتى يبدوصلاحها)، ظاهره الجواز إذا أطلق حتى يشترط البقاء، وعلى هذا حمل المسألة غير واحد من حذاق شيوخنا، واختصرها كثير منهم، وهو ظاهر لفظ الكتاب هنا، وإليه مال الأبهري وغيره، والذي حكاه البغداديون أن مذهبنا إذا أطلق ولم يشترط جذا ولا تبقية فهي على الرد حتى يشترط الجذ، خلافا لأبي حنيفة، فمن المشايخ من حمل أن مسألة الكتاب هذه معناها اشتراط الجذ، وحكي هذا التأويل عن أبي محمد، وعليه اختصرها هو وغيره، واستدلوا بقوله: فجذها؛ قالوا: ولولا ذلك لكان فاسداً، واحتجوا له - أيضاً - بما وقع له في كتاب العرايا بقوله، وقال بعض حذاق شيوخنا: نفس العقد إذا عري من الشرط يقتضي تسليم المبيع عقيب العقد، وإذا كان كذلك فالعقد يقتضي الجذ وإن لميشترط، إلا أن تكون عادتهم التبقية فيفسد

إذا[1] لم يشترط تركه إلى إزهائه، ولو ابتاعه قبل الزهو على أن يجده مكانه؛ فذلك جائز؛ إلا أنه إن تركه حتى أرطب أو أثمر؛ لم يجز البيع.

وفسخ ورد قيمة الرطب أو مكيلة التمر إن جده تمراً.

وقال في غير المدونة: سواء تركه بهرب أو لدد أو غير ذلك.

وفي باب الطعام بالطعام طرف من هذا، وفي الأكرية ذكر ما يجوز من اشتراط الثمرة.

ومن كتاب الأكرية[2]، والجوائح: ومن ابتاع زرعاً لم يبدُ صلاحه على أن يحصده أو فولاً أو قطنيةً على قطعه أخضر فذلك جائز، وتوضع فيه الجائحة، ولا يجوز اشتراط تأخيره حتى يصير حباً[3].

ولو اشترى ما ذكرنا على الجذّ ثم اشترى الأرض؛ جاز أن يبقيه فيها.

وكذلك لو ابتاع نخلاً قد أبرت فلم يشترط الثمرة؛ فله شراؤها قبل الزهو كما له جمعها في صفقة، ثم لا جائحة فيها إذ كأنهما في صفقة.

وقال في المستخرجة: ولو ابتاع الرقاب ثم ابتاع الثمرة بعد الزهو كانت فيها الجائحة[4].

قال سحنون: الحجة في ذلك أنه إذا باع الثمر في رؤوس النخل كان عليه سقيه، وإذا باع رقاب النخل ثم باع بعد ذلك ثمرتها لم يكن على البائع سقي[5].

قال ابن المواز: واختلف عن مالك في شراء الثمرة بعد شراء الأصول، وقد أبرت الثمرة فقال: لا يجوز قرب ذلك أو بعد، وكذلك مال العبد، وقال أيضاً فيها: إنه جائز =

البيع بالعادة كالشرط لها حتى يشترط الجذ؛ إذ إطلاق العقد يقتضيه بالعادة، وكان الفضل بن سلمة أشار إلى أن مسألة الكتاب تحتمل أن العرف الجذ، فلذلك جاز إذا أطلق العقد. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1584، وما بعدها.

(1) في (ف1): (إن).

(2) انظر: المدونة: 8/274.

(3) انظر: المدونة: 8/331.

(4) انظر: البيان والتحصيل: 12/179.

(5) انظر: المدونة: 8/332.

والذي أخذ به ابن عبد الحكم والمغيرة وابن دينار أنه لا يجوز فيهما إلا أن تكون مع الأصول أو مع العبد في صفقة[1].

ولو ابتاع زرعاً لم يبد صلاحه على أن يحصده؛ ثم أذن له رب الأرض في بقائه في أرضه؛ لم يجز، وكذلك لو اكتريت الأرض منه بعد ذلك.

وإن انقضت مدة كراء الأرض، وفيها زرع أخضر للمكتري؛ لم يجز لرب الأرض شراؤه[2] بخلاف مبتاع الأرض ثم الزرع.

ومن كتاب البيوع الفاسدة: ولا يجوز شراء قصيل أو قرط أو قضب على أن يتركه حتى يحبب أو يقصب أو يتركه شهراً إلا أن يبدأ الآن في قصله فيتأخر شهراً وهو دائم فيه.

فأما تأخيره لزيادة نبات فلا يجوز، وليس كتأخير ما اشتري من ثمرة نخيل أو تين بعد طيبه إذ إنما يزيد في الثمرة حلاوة ونضجاً وقد تناهى عظمه، والقصيل يزيد نشوزاً[3] ومنه ما يسقى فيشترط سقيه شهراً أو أكثر، وهو كشراء شيء بعينه إلى أجل، والجائحة فيه من البائع، ولو جاز ذلك جاز شراؤه بقلاً على أن يتركه حتى[4] يرعا أو طلعاً، ويترك إلى أن يصير بلحاً وإنما يجوز ذلك على القلع.

وكذلك صوف الغنم لا يجوز اشتراط تركه إلى تناهيه، وإن ابتاع بقل الزرع على رعيه مكانه؛ جاز، وإن اشترط سقيه إلى أن يصير قصيلاً؛ لم يجز[5].

وأما شراء القصيل والقرط والقصب، واشتراط خلفته[6] فإنما يجوز ذلك إذا بلغ

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/197 و198.

(2) في (م): (شراء).

(3) في (ف2): (نشوراً)، وكذا في المدونة، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/157.

عياض: والنشوز - بالزاي -: النمو والزيادة، وأصله الارتفاع، ومنه نشوز المرأة على زوجها؛ لارتفاعها عليه.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1586.

(4) قوله: (إلى أن) يقابله في (م): (حتى)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/157.

(5) انظر: المدونة: 7/60 و61.

(6)عياض: والخلفة - بكسر الخاء -: ما يخلف من الزرع بعد جذه، وكل شيء خلف شيئاً فهو خلفة له، =

أن يرعى أو يجز للعلف، ولم يكن في قلعه فساد؛ فيجوز شراؤه واشتراط الخلفة فيه إن كانت[1] مأمونة [(م: 199/ب)] لا تَخْلِفُ، أو يشترط منه جزة أو جزتين، فإن غلبه[2] الحب في اشتراط الخلفة، وقد جزَّ أو رعى رأسه أو ما قلَّ أو كثر قوم ما رعى أو جزَّ[3].

سحنون: فيعرف قيمته يوم الصفقة؛ يريد على أن يقبض في أوقاته.

قال ابن القاسم: بقدر تشاح الناس[4] فيه في وقته وحين جزه، ويقوم ما كان يرجى من خلفته أو باقيها ولا يقوم الحب، ولا ينظر إلى غِزر نبات أوله أو آخره، وإنما ينظر إلى قيم[5] القصيل في أوقاته كان أوله أغزر أو[6] آخره، فيجمع قيمة ما جز مع قيمة ما تحبب؛ فإن كان قيمة ما تحبب قدر ثلث ذلك أو نصفه أو أقل أو أكثر؛ رد من الثمن بقدر ذلك قلَّ الثمن أو كثر[7].

قال[8] في كتاب الجوائح: فأما إن ابتاع الجذة الأولى فإنه إن أجيح ثلثها وضع عنه[9] ثلث الثمن بغير قيمة؛ لأنه بطن واحد قد أدرك لو شاء قصله يوم الشراء[10].

قال في كتاب البيوع الفاسدة: وإن اشترى الجذة الأولى؛ جاز له شراء خلفته بعد ذلك، ولا يجوز ذلك لغيره، ولا تجوز أن يشتري ما تطعم المقثاة شهراً؛ لاختلاف

=

ومنه: ﴿جَعَلَ ٱلَّيۡلَ وَٱلنَّهَارَ خِلۡفَةً﴾ [سورة الفرقان آية: 62] أي يخلف أحدهما الآخر.اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1586.

(1) في (م): (كان).
(2) في (ف1): (غلب).
(3) انظر: المدونة: 58/7.
(4) قوله: (تشاح الناس) يقابله في (ف1): (التشاحي).
(5) في (ف1): (قيمة).
(6) في (ف1): (أم).
(7) انظر: المدونة: 59/7.
(8) في (ف1): (وقال).
(9) قوله: (عنه) ساقط من (ف1).
(10) انظر: المدونة: 320/8.

الحمل فيه في كثرة الجذ وقلته(1).

وإذا أزهى أوائل الثمر وإن قلَّ ما أزهى منه جاز تبع ذلك كله لتلاحقه.

ومن الواضحة وغيرها لمالك وكذلك لو أزهت في الحائط نخلة واحدة.

محمد: يريد ما لم تكن باكورة.

ولو كان الحائط كله نخلاً، أو جنان ثمر كله، أو كرم كله إلا أن فيه أجناساً من ذلك الثمر أو من الزبيب أو من التين، فطاب جنس من ذلك أو بعضه، فإنه يجوز بذلك بيع جميع الحائط حتى إذا كان فيه تين وعنب أو أجناس مختلفة فأزهى بعضها(2) فلا يجوز إلا بيع(3) الجنس الذي أزهى دون ما لم يزه من صنف غيره(4).

قال ابن المواز: قال مالك فيمن باع ثلثمائة شجرة تين قد طابت، وفيها خمس عشرة شتوية: إنه لا خير فيه، وكذلك العنب، وأما زرع قد يبس وفيه ما لم ييبس ما لا خطب له فبيعه جائز.

قال ابن حبيب: وإنما يجوز بيع القثاء والفقوس إذا أبلح، وذلك حين يؤكل فيوجد له طعم لا عند أول ظهوره.

وأما البطيخ فليس كذلك، ولكن إذا نحا ناحية البطيخ بالاصفرار واللين للطِّياب، والخربز والموز كذلك؛ فحينئذ يجوز بيعه مع بقية بطونه.

ويجوز بيع الزيتون إذا اسودَّ أو نحا ناحية الاسوداد(5).

قال غيره: وأما ما يقطع بطوناً فيجوز بيعه بطيب أول بطن منه مع باقي البطون، فإن قيل: إن الثمر إنما يزيد فيه حلاوة، وهذا بطن بعد بطن؛ قيل: ذلك كاتصال خروج لبن الظئر يحدث كل حين، وقد أجاز الله تعالى الإجارة على ذلك، والإجارة بيع.

---

(1) انظر: المدونة: 7/61 و62.

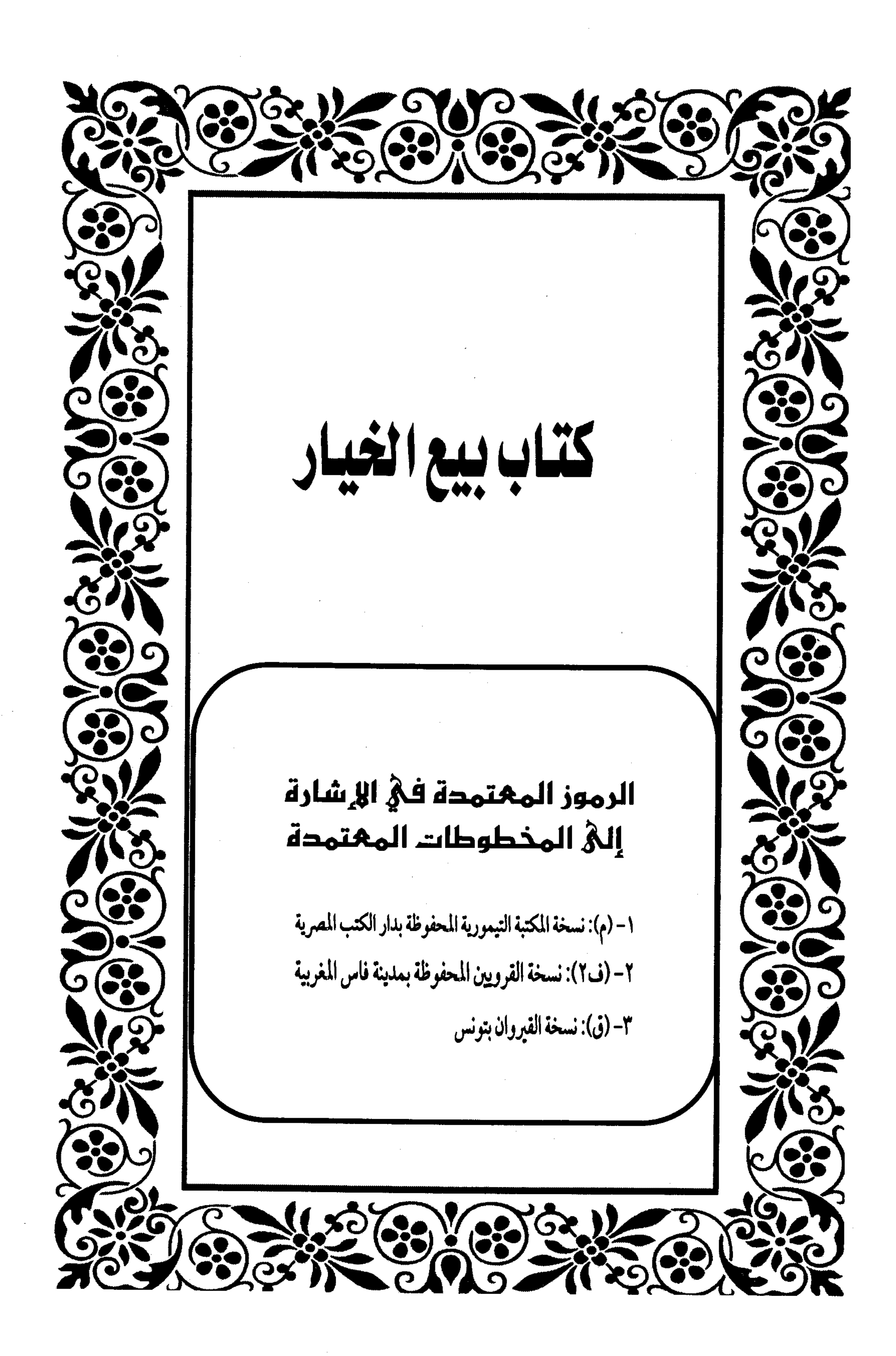
(2) في (م): (بعضه).

(3) في (ف1): (أن يبيع).

(4) انظر: المدونة: 10/25 و26.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/187، وما بعدها.





كتاب بيع الخيار

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١ - (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية

٢ - (ف٢): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٣- (ق): نسخة القيروان بتونس

كتاب الخيار[1]

جامع بيع الخيار[2]

[(م: 200/أ)] ولما لم يكن في الحديث المذكور أن البيعين بالخيار ما لم يفترقا حدٌّ من وقت الافتراق ينتهيان[3] إليه مع احتماله للافتراق باللفظ في اللغة[4]، لم يجب أن

---

(1) قوله: (كتاب الخيار) ساقط من (ق).
عياض: كذا ترجمة الكتاب في أكثر الروايات، وأما في كتاب ابن عتاب، فنص ترجمته: كتاب البيعين بالخيار.اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1611.
(2) عياض: والخيار: مستثنى مرخص فيه من بيع الغرر والمخاطرة؛ لانعقاد البيع على أحدهما وبقائه على حكم الآخر وما يراه، فلا يدري صاحبه هل يتم بيعه أم لا؟ ولاسيما إذا لم يضربا للخيار مدة، فضرب ذلك الحاكم بحسب ما تحتاج إليه السلع ويصلح فيها الخيار على اختلافها، وهو مجهول لكن لما دخل عليه صار لعرفه كأنه مشروط كله ورخصة خارجة عن الأصل للضرورة للحاجة للبحث عن المشترى والتقصي عن معرفته واستشارة من يأخذ رأيه فيه.
وليس له عندنا حد ولا قدر لا بد منه، إلا بحكم السلعة التي يحتاج إليها الخيار من تقصي البحث عليها وسؤال واستشارة واختبار، ولكل سلعة في الاختبار حالة، بخلاف غيرها، عليه جرى تقدير إمامنا ومشايخنا بعده، رحمهم الله في أمد الخيار.
وأما الاختيار لعدم الرأي والمشورة، فيستوي أمد الخيار في ذلك لقرب ذلك، وتساوي حكم السلع فيه. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1611 و1612.
(3) في (ق): (ينتهى).
(4) عياض: قال في المدونة: (في حديث: "البيعان بالخيار..." الحديث: ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به).
حمله أكثرهم على أنه تكلم على ما جاء في الحديث، واحتجوا به على رده الحديث الصحيح بعمل أهل المدينة وإن لم يكن طريقه النقل، وهذا تأويل أكثر أصحابنا المغاربة وبعض البغداديين عن مالك في المسألة، ومذهبهم في الحجة بإجماع أهل المدينة، وبهذا شنع عليه المخالف.
وأما القاضي أبو الحسن بن القصار وحذاق البغداديين من أصحابنا ومتقدمو مشايخهم فتأولوا أن قوله هذا راجع إلى قوله آخر الحديث: "إلا بيع الخيار"، وأنه ليس لبيع الخيار حد محدود وإنما هو بحسب ما تختبر فيه السلعة.

=

يفرق بين عقد البيع، وبين سائر العقود اللازمة باللفظ دون التفرق إلا بالبيان من السنة.

وقد قال الله سبحانه: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [سورة النساء آية: 130]، وهذا الافتراق بالكلام، والمتساومان(1) يقع عليهما اسم المتبايعين(2) كما قال: **«لا يبع بعضكم على بيع بعض»**(3) فسمى التساوم(4) بيعاً مع ما رويَ في اختلاف المتبايعين: **«إن القول قول البائع أو يتردان»**(5)(6).

ومقتضى ما جعل له الخيار من اختبار أو مشورة -خلافا لقول الشافعي والحنفي -: إنه ثلاثة أيام في كل شيء، وقد جاء ذلك في بعض روايات الحديث.

وحقيقة مذهب هؤلاء في الحجة بعمل أهل المدينة أنه مما طريقه النقل المتواتر عن العمل بمحضر النبي ﷺ وفي زمانه؛ كالآذان، والصاع، والمد، والأحباس، وترك زكاة الخضروات وشبه هذا.

قالوا: وإنما ترك مالك الأخذ بهذا الحديث لأنه تأوله على الافتراق بالأقوال لا بالأبدان، وأن معنى المتبايعين هنا بمعنى المتساومين. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1637 و1638.

(1) في (ق)، (م): (والمتساومين).

(2) في (ق): (متبايعين).

(3) متفق عليه: أخرجه البخاري: 2/ 759، في باب النهي عن تلقي الركبان، من كتاب البيوع، برقم: 2057، ومسلم: 3/ 1153، في باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...، من كتاب البيوع، برقم: 1412، ومالك: 2/ 683، في باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة، من كتاب البيوع، برقم: 1365.

(4) في (ق): (المساومة).

(5) قوله: (يتردان) في (م) غير مقروء، وفي (ق): (يترادان).

(6) صحيح، أخرجه أبوداود: 2/ 307، في باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم، من كتاب الإجارة، برقم(3511)، والحاكم في المستدرك: 2/ 55، من كتاب البيوع، برقم (2304)، والبيهقي في سننه: 5/ 333، في باب اختلاف المتبايعين من كتاب البيوع، برقم: 10591، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح.

عياض: وقول أشهب وابن وهب: (وقد كان ابن مسعود يحدث أن رسول الله ﷺ قال: "أيما بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان" إذا اختلف المتبايعان).

كذا في أصول شيوخنا وهي رواية يحيى، وسقط ابن وهب عند العسال من كتاب ابن المرابط، وثبت في روايته عند أبي عمران.

قال أبو عمران: ليس الكلام لأشهب ولا هو من كتابه، وإنما أدخله سحنون مختصرا من الموطأ دون

وفي حديث آخر: «**استحلف البائع**» فلو كان الخيار لهما لم يكن بينهما يمين وكان[1] لمن شاء منهما الرد دون الاختلاف في الثمن[2] ودل بقوله عليه السلام: «**من ابتاع طعاماً فلا يبعه[3] حتى يستوفيه**»[4] ألّا خيار فيه بعد الاستيفاء؛ لأنه لا يصح[5] للمبتاع بيع ما الخيار فيه لغيره، والصرف بيع، ولا خيار فيه، لقوله عليه السلام: «**إلا هاء وهاء**»[6].

قال ابن القاسم: فإذا انعقد البيع باللفظ فلا خيار لواحد منهما إلا أن يشترطاه[7].

ولما كان النقد في الخيار تارة سلفاً، وتارة ثمناً حرم وضارع ما نهى الرسول عليه السلام عنه[8] من بيع العربان[9] الذي هو تارة عطية وتارة ثمناً.

قال ابن القاسم: فلا يجوز اشتراط النقد في كل ما بيع على خيار[10].

إسناده، وسقط مالك بإثر كلامه على الحديث الأول. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1638 و1639.

(1) في (ف2): (فكان).

(2) في (ف2): (اليمين).

(3) في (ق): (يبيعه).

(4) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/748، في باب الكيل على البائع والمعطي، من كتاب الحدود في صحيحه، برقم (2019)، ومسلم: 3/1160، في باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، من كتاب البيوع، برقم (1526)، ومالك في الموطأ: 2/640، في باب العينة وما يشبهها، من كتاب البيوع، برقم (1310).

(5) في (ف2): (لا يبح).

(6) تقدم تخريجه.

(7) انظر: المدونة: 7/120.

(8) قوله: (عنه) ساقط من (ق).

(9) أخرجه مالك: 2/609، في باب ما جاء في بيع العربان، من كتاب البيوع، برقم (1271)، وأحمد في مسنده، برقم (6723)، وأبو داود: 2/305، في باب في العربان، من كتاب الإجارة، برقم (3502).

(10) انظر: المدونة: 7/134.

عياض: ومسألة (اشتراط النقد في أيام الخيار) اختلف الشيوخ، هل يصح البيع مع إسقاطه، كسائر الشروط أم لا يصح، ويبقى البيع فاسدا؟ وهذا ظاهر الكتاب على ما تأوله البراذعي وغيره

واشتراط ذلك يفسد البيع، فإن سلم العقد من اشتراطه؛ جاز التطوع بالنقد بعد صحة العقد.

قال ابن سحنون: ومن شرط النقد في أيام الخيار فهو كمن اشترى وأسلف في فوات السلعة.

ولما كان الخيار يجري في الأشياء المبيعة لما يعذر المتبايعان به من نظر، ورأي، وخبرة، ومشورة، كان أمد الخيار مختلفاً[1] فيما تبايعاه بقدر ما يحتاجان إلى ذلك فيه.

وما بعُد من أجل الخيار فلا خير فيه، وهو غرر لا يدري رب السلعة كيف ترجع إليه[2].

قال غيره: وقد يزيده المبتاع في ثمن السلعة لتكون في ضمانه إلى بعيد الأجل، فذلك غرر إلا فيما يشبه من الأجل للخيار في الشيء المبيع.

= في الكتاب.

وفي كتاب ابن سحنون أنه كالبيع والسلف، وقد اختلف هل قول ابن سحنون وفاق أو خلاف؟

وقد اختلف في البيع والسلف، هل يمنع إسقاط الشرط فيه بالقبض والمغيب عليه على ما قاله سحنون وابن حبيب، وتأوله المشايخ على قوله في كتاب البيوع الفاسدة، وإنه إنما يجوز إسقاط ذلك ما لم يقبض أو يجوز إسقاطه وإن قبض؟ فكذلك ههنا إن قبض الثمن أو لم يقبض يجري على هذا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1640 و1641.

(1) في (ق): (مختلف).

(2) عياض: فيه دليل على أن ضمان هذه السلعة المبيعة بالخيار لأجل بعيد من بائعها وإن كان إتلافها بيد المشتري، ألا ترى كيف قال: ولا يدري كيف ترجع إليه، وإنما ترجع من قبل المشتري، وأبين من هذا قوله بعد في تعليل المسألة: (فزاده زيادة لضمانه السلعة إلى ذلك الأجل إن سلمت أخذ السلعة بأقل من الثمن الذي... يشتري به إلى ذلك الأجل بغير ضمان أو بأكثر لما اشترط عليه من ضمانها إليه، وهو في ذلك ينتفع بها إلى ذلك الأجل).

فقد بين لك أن ضمانها من البائع وإن كانت في يد المشتري ينتفع بها، كما قال.

وهذا التعليل لأشهب في أكثر النسخ، وكذلك هو عندي، وسقط اسم أشهب في بعض الروايات. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1618.

قال مالك: وذلك في الثوب اليوم واليومين، وشبه ذلك، ولا خير فيما زاد على ذلك، والجارية مثل[1] الخمسة[2] أيام، والجمعة لاختيار حالها وعملها، والدابة اليوم وشبهه[3] وقد تركب فيه وتختبر، ولا بأس أن يشترط أن يسير عليها البريد[4].

---

(1) قوله: (مثل) ساقط من (ق).

(2) في (ف2): (خمسة).

(3) عياض: وقوله في أمد الخيار (في الثوب: في اليوم واليومين وما أشبهه، وفي الدابة: أن تركب اليوم وما أشبهه).

كذا في رواية شيوخي، وكذا في رواية ابن وضاح.

وفي بعض النسخ: في الدابة اليوم واليومين، وكتب عليها: من كتاب ابن عتاب، ليس عند ابن وضاح.

وفي آخر الكتاب: (جواز شراء الثوب والدابة بخيار ثلاثة أيام) ومثله في كتاب ابن حبيب وغيره وهو يقطع اختلاف التأويل لذكر اليوم أول الكتاب: في الدابة، فقد قيل: إنما ذكر اليوم لأمد الركوب لا... لأمد الخيار.

وقيل: بل قوله: وما أشبهه يدل على تساوي الدابة وغيرها، وأنه ليس أمد خيارها يوما فقط، وأن ما يشبه اليوم مثله.

وذكر أبو بكر بن عبد الرحمن أنها لا تركب أيام الخيار إلا بشرط؛ لقوله: (فإن اشترط أن يسير عليها)، وقول أشهب: (لا يرى بأسا أن يشترط استخدام العبد وركوب الدابة).

وذهب أبو عمران إلى أنه وإن لم يشترط ركوبها فله من ذلك ما يجوز اشتراطه، إذا كان العرف عند الناس الاختبار بالركوب، وهو الصحيح.

ويدل عليه قوله أولا في الجارية: (ينظر إلى خبزها وهيئتها، والدابة تركب اليوم وما أشبهه) ؛ فهذا بغير شرط، وهو إذا كان عرفهم هذا، وكان اختبارها في دوام المشي وسرعته، وهي مما يراد لذلك ولتحقق حالها؛ لئلا تكون مما يعثر مع طول المشي أو تضعف، وما أرى ابن عبد الرحمن يخالف هذا الوجه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1612، وما بعدها.

(4) انظر: المدونة: 7/92 و93.

عياض: وقول ابن القاسم: (البريد - وقول أشهب - البريدان) حمله بعضهم على البريد في الذهاب والرجوع، وكذلك البريدان فيها.

وقال أبو عمران: المراد بريد متصل في الذهاب، أو بريدان دون الرجوع، وقد يحمل على موافقة القولين، بريد في الذهاب على قول ابن القاسم، وبريدان أحدهما في الذهاب والآخر في الرجوع على قول أشهب، وإليه يرجع قول ابن القاسم على هذا؛ إذ لا بد من رجوعه ورد الدابة غالبا، وعلى ما

قال غيره: والبريدين يختبر سيرها[1].

قال[2] ابن حبيب: في الخيار في الدابة اليوم واليومين والثلاثة لا أكثر[3].

ابن القاسم: والدار الشهر ونحوه[4].

قال غيره: لا[5] يشترط[6] لبس الثوب إذ لا يختبر باللبس، كما تختبر الدابة بالركوب، والعبد بالاستخدام.

قال ابن القاسم: ورطب الفواكه والخضر، وما يخشى فساده فالخيار فيه إلى ما يقرب من الأجل مما فيه نظر ومشورة، ولا يتغير إليه، ولا يفسد والأجل في مثل ذلك أقرب منه فيما لا يسرع الفساد إليه من طعام أو عرض[7].

قال غيره: من غير أن يغيب المبتاع على ما لا يعرف عينه من موزون ومكيل من عرض [(م: 200/ب)] أو طعام أو إدام فيصير تارة سلفاً، وتارة بيعاً[8]، وإذ لو أقلت =

قاله أشهب يصح اشتراط سيرها يومين؛ إذ ليس كل دابة تمشي أربعة برد من يومها في المضي والرجوع، وإنما تقطع ذلك الدابة القوية بالجهد، فما كان من شرط الركوب مثل هذه الجهة للاختبار جاز، فليس ما يختبر ركوبه لمعرفة سيره منها كالذي يختبر لقوته وصبره على دوام المشي أو تحت الثقل.

وما زاد من شرط الركوب على الاختبار لمثل تلك الدابة يفسد البيع، كاشتراط ذلك في الثوب؛ لأنه غرر، فصار كبيع العربان ومن أكل... المال بالباطل. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1614 و1615.

(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4536.

(2) قوله: (قال) زيادة من (ق).

(3) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1612.

(4) انظر: المدونة: 7/ 93.

(5) في (ق): (ولا).

(6) في (ف1): (ولا يشترط).

(7) انظر: المدونة: 7/ 95.

(8) عياض: هذا حكم المشتري في مغيبه عليه بالشرط.

وقال أبو عمران: وإن طاع له البائع بذلك فهو جائز، كدفع المشتري الثمن المكيل أو الموزون، بغير شرط، فهو جائز.

وهل يشترط البائع بقاءه عنده أو يبقى عنده إذا نازعه المشتري... في ذلك؟

=

من بعضه بعد القبض[1] كان بيعاً وسلفاً بخلاف إقالتك من أحد عبدين، أو ثوبين، وذلك جائز فيما يعرف عينه، ولو بعت العبدين بثمن إلى أجل على أن يرد عليك أحدهما[2].

سحنون: بعينه عند الأجل بنصف الثمن على ما هو به يومئذ من نماء أو نقص لجاز، وذلك إجارة في المردود والبيع واقع على الذي تمسك به والإجارة في الآخر جائزة ولو كان ذلك مما لا يعرف بعينه لم يجز وصار بيعاً وسلفاً.

قال ابن القاسم: ويجوز الخيار لأحد المتبايعين أو لهما، فإن كان لهما لم يتم البيع إلا باجتماعهما[3].

وإن جعل أحدهما الخيار لصاحبه بعد تمام البيع فالخيار[4] في ذلك جائز وأجلا أجلاً يصلح فيه خيار[5] ذلك، وهو بيع مؤتنف كبيع من أجنبي، وفيه من يومئذ حكم الخيار، وتصير السلعة من المشتري الأول في الخيار؛ لأنه صار بائعاً.

قال مالك: ومن باع سلعة واشترط البائع إن رضي[6] فلان البيع جاز فلا بأس به.

وإن رضي البائع، أو رضي فلان البيع، فالبيع جائز[7]، ويجوز البيع[8] على خيار

=

في كتاب محمد: لا يجوز بقاء ما لا يعرف بعينه عند البائع وليحز عنهما جميعا.

وقال غيره من شيوخنا: بل يجوز أن يبقى عنده؛ لأنه شيئه والتهمة عنه مرتفعة.

قال: ولعل معنى ما في كتاب محمد إنما هو إذا شاحه المشتري في ذلك؛ كالثمن في الخيار والمواضعة، إنما يوقفان عند المشاحة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1617.

(1) في (ق): (البعض).

(2) انظر: المدونة: 7/95.

(3) انظر: المدونة: 7/106.

(4) في (ق): (والخيار).

(5) في (ق): (جاز).

(6) قوله: (إن رضي) يقابله في (ف2): (أن يضمن).

(7) انظر: المدونة: 7/82.

(8) في (م): (أن يبيع).

فلان أياماً أو رضاه[1]، ولا بأس أن يشتري لفلان على أن يختار فلان، أو يشتري لنفسه على رضا فلان، أو على أن فلاناً بالخيار، ثم ليس للمبتاع رد، ولا إجازة دون خيار من اشترط.

ولو[2] ابتاع على أن يستشير فلاناً فله أن يرد أو يجيز دونه، وله أن يخالفه إلى رد أو إلى إجازة، ولا يمنعه البائع[3].

---

(1) في (ف2): (ورضاه).

(2) في (م): (ولو).

(3) انظر: المدونة: 7/104 و105.

عياض: ومسألة (البيع والشراء على خيار فلان أو رضاه أو استشارته)؛ تفريقه في الجواب في ذلك، وجعل للمبتاع إذا اشترط الاستشارة مخالفة المستشار، ولم يجعل له ذلك إذا اشترى على خيار فلان أو رضاه.

وقال في اشتراط البائع رضا فلان: (جائز إن رضي فلان أو... رضي البائع).

واختلف في تنزيل هذه الأقوال ابن لبابة وكثير من الشيوخ.

وحكي عن أبي محمد أن معناه: أن للبائع المخالفة لمن شرط رضاه أو خياره وليس ذلك للمشتري، بخلاف المشورة.

واستدلوا بقوله: إن رضي البائع أو رضي فلان؛ فدل أن البيع يمضي بمجرد رضى البائع أو بمجرد رضى فلان، وبقوله في المشتري: (ليس له أن يمضي أو يرد إلا برضى فلان، فإن البائع هنا بخلاف المشتري لقوة يد البائع وتقدم ملكه وتقرره، بخلاف المشتري الذي لم يثبت له بعد ملك).

وتأول آخرون المسألة على تسوية البائع والمبتاع، وأنه ليس لكل واحد منهما خلاف فلان، وإن في رضى فلان حق ثبت لغير مشترطه، وإن ذلك لمن جعل بيده وليس لمشترطه مخالفته، وهو نص في الكتاب في المشتري، كما تقدم.

ولم يبين أمر البائع في أول الباب، لكنه يفهم من قوله: إن رضي فلان البيع فالبيع جائز، فدليله أنه إن لم يرض ورده، فهو مردود ولا كلام للبائع المشترط رضاه، ويكون عنده معنى قوله: أو رضي البائع أي ورضي.

وآخرون يسوون بينهما - أيضا - لكن لم يجعلوا من له الرضى كالوكيل لهما وإن اشترط رضاه الرضى دونه، إلا أنهم يقولون: إن سبق من جعل له الرضى بالرضى أو الرد مضى فعله ولم يرد؛ كالوكيل مع موكله اشترطا ذلك معا أو أحدهما، ونحوه في كتاب محمد، وفيه نظر، وهو اختيار أبي القاسم بن محرز، وأشار إليه أبو إسحاق في البائع ويلزمه ذلك في المبتاع.

واستدلوا بقوله في الكتاب: (فإن رضي البائع أو رضي المبتاع البيع فهو جائز) وفيه نظر.

=

قال ابن حبيب: في البيع على أن فلاناً بالخيار، أو على أن يستشيره، ذلك سواء، ولمشترط ذلك من بائع أو مبتاع الأخذ أو الردِ دُون رضاً من اشترط، وله أن يخالفه،

=

وقال آخرون: ذلك حق لهما جميعا، حق للبائع إن أراد إمضاء البيع وأراد فلان الرد، وحق للمبتاع إن أراد فلان إمضاء البيع وأراد البائع الرد.

ومثله إذا كان مشترط ذلك لفلان المبتاع وأراد الأخذ فله ذلك وإن... رد فلان.

وكذلك إن أراد فلان الإجازة وأراد المبتاع الرد، كان للبائع... إلزامه البيع.

ففي اشتراط المبتاع على هذا يلزم البائع رضى المبتاع ويلزم المبتاع رضي فلان، وفي اشتراط البائع يلزم المبتاع رضى البائع ويلزم البائع رضى فلان.

وآخرون يتأولون أن كلامه في المسألة في الموضعين اختلاف من قوله لا أنهما اختلاف مسألتين.

فعلى ظاهر قوله في البائع أولا: له مخالفته يلزم مثله في المبتاع.

وعلى قوله في المبتاع آخرا: لا يخالفه التفريق بين اشتراط البائع والمبتاع، وهذان القولان هما اللذان حكى عبد الوهاب.

ومنهم من تأول أن جوابه في المسألة أولا أن البائع اشترط ذلك لنفسه خاصة، وجوابه آخرا في المشتري أن الشرط لهما جميعا، ونحوه عن أبي محمد بن أبي زيد وغيره من القرويين، وهو الأصل عند الحذاق الذي يجب بناء المسألة عليه.

ولا يجب عند نقادهم أن يختلف فيه، وهو أنه متى جعلا الاشتراط برضى فلان لهما معا؛ لم يكن لأحدهما رجوع عن ذلك، وهو كالوكيل لهما، وليس لأحدهما عزله دون صاحبه.

وإن كان الشرط لهما من أحدهما، فلمن شرط ذلك منهما ترك شرطه ومخالفة فلان دون الآخر، وإن ذلك لمشترطه كالمشورة في حقه أو كوكيله الذي له عزله، وهو نص ما في كتاب ابن حبيب وهو اختيار ابن لبابة.

ولم يختلف قولهم في المشورة أن لمشترطها تركها وفعل ما شاء من رد أو إمضاء، إلا ما تأوله أبو إسحاق على ما في كتاب محمد من أنها كالخيار، وتأولها أبو محمد على رواية ابن نافع في كتاب ابن مزين، في قوله: ليس له أن يسقط شورى فلان، ولصاحبه أن يناكره، وفي التأويلين نظر وتتبع لمن تأمل كلامهما، والله أعلم.

ولم يتردد قوله في الكتاب أن اشتراط الرضى لفلان جائز، وهو صحيح مذهبه.

وعلقت من كتاب ابن عتاب بخطه: روى سحنون أن ابن القاسم كان يقول: لا يجوز، وهو من المخاطرة، ثم رجع إلى هذا، وقد روى مثله أصبغ عن ابن القاسم، كأنه رأى الخيار لأحد المتبايعين رخصة مستثناة من الغرر والمخاطرة، فلا تتعدى إلى غيرها، وهو قول أحمد بن حنبل وبعض أصحاب الشافعي. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1620، وما بعدها.

وليس لصاحبه عليه حجة من بائع أومبتاع(1). ورويَ عن ابن القاسم مثله.

وروى ابن مزين عن ابن نافع: أن المشورة والخيار سواء، ولا رد له إلا برأي(2) من اشترط.

وذكر ابن المواز في كتاب النكاح: أن له في خيار فلان ومشورته(3) أن يأخذ دونه أو يخالفه(4).

ابن القاسم: وإنما يجوز البيع على خيار فلان ومشورته إذا كان قريباً، قال: وإن استثنى مشورة رجل ببلد بعيد فسد البيع(5).

قال(6): ولو ترك المبتاع مشورة فلان الغائب مجيزاً للبيع لم يجز لوقوعه فاسداً(7).

وإذا(8) اختار من له الخيار من المتبايعين رداً أو إجازة، وصاحبه غائب، وأشهد على ذلك جاز على الغائب، وإذا أُغمي عليه في أيام الخيار انْتُظرت إفاقتُهُ، ثم هو على خياره إلا أن يطول. فينظر السلطان فإن رأى ضرراً فسخ البيع، وليس له أن يمضيه بخلاف الصبي والمجنون، وإنما الإغماء مرض.

قال محمد: قال أشهب: له أن يجيز أو يرد في أيام الخيار، وليس له بعد زوالها إلا الرد فقط(9).

وأما إن جُنّ فأطبق، فالسلطان ينظر له في الأخذ، أو الرد، أو يوكل بذلك من رأى من ورثته، أو غيرهم، كما ينظر في مال المفقود.

والخيار يُورَّث عن الميت؛ لأنه حق له، وقد جعل مالك تأخير الورثة يبرئ الغريم

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4547.

(2) في (ق): (برد).

(3) في (م): (مشورة).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 6/388.

(5) انظر: المدونة: 7/105.

(6) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(7) انظر: المدونة: 7/105.

(8) في (ق): (فإذا).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 6/390.

الذي حلف للميت [(م: 201/أ)] لأقضينك حقك[1] إلا أن تؤخرني، وكذلك تأخير الوصي على النظر إن لم يرثه من يلي نفسه، أو تأخير الغرماء إن أحاط الدين بماله وأبرأوا ذمة الميت وإلا فلا، وكذلك تأخيرهم في اجتماعهم[2]، ومسألة التمليك مذكورة في التمليك.

قال أشهب وسحنون: لا يجوز تأخير الوصي. قال أشهب: ويورث الخيار عن البائع أو عن المبتاع وليس للورثة إلا الاجتماع على رد أو إجازة[3].

وكذلك الوصيان، وإن اختلف وارثو الخيار وهم بلغ[4]، فشاء بعضهم إمضاء البيع وبعضهم رده فليس لهم إلا أن يجيزوا كلهم أو ينقضوا كلهم؛ لأن الميت لم تكن له إجازة بعض الصفقة إلا أن يشاء الحي من بائع أو مبتاع أن يرضى بذلك.

قال: واستحسن أن[5] لمن أجازه[6] من ورثة المبتاع إن شاء أخذ مصابه من؛ لم يجز فذلك له فإن أبى رددنا الجميع إلا أن يسلم له البائع أخذ حصته فقط.

وأما النظر غير الاستحسان فليس فيه إلا ن يأخذوا أجمعون أو يردوا أجمعون.

وكذلك ردهم بعيب فيما ابتاع وليهم بغير خيار، أو مشتريان[7] أصابا عيباً فرضيه أحدهما[8] ورده[9] به[10] الآخر على ما ذكرنا، ليس ذلك لهما إلا أن يردا، أو يحبسا، أو يأخذ[11] المتماسك جميع السلعة وقاله مالك[12].

(1) قوله: (حقك) زيادة من (ف2).
(2) انظر: المدونة: 7/99.
(3) انظر: المدونة: 7/100.
(4) في (التيمورية): (بلغاء).
(5) قوله: (أن) ساقط من (ق).
(6) في (ق): (أجاز).
(7) في (م): (مشتريين).
(8) في (م): (واحد)، وفي (ق): (أحد).
(9) في (ق): (ورد).
(10) قوله: (به) زيادة من (ق).
(11) في (ف2): (يأخذا).
(12) انظر: المدونة: 7/100.

وقال ابن القاسم في هذا الكتاب[1]، وفي كتاب التدليس[2]: أن لمن شاء من المشتريين أن يأخذ، ولمن شاء أن يرد، لخيار أو عيب ورواه عن مالك قال: ولا قول للبائع؛ إذ لا يتبع ذمة كل واحد منهما إلا بحصته[3].

وأما الورثة فإنما ورثوا عن من لم يكن له أخذ بعض دون بعض فهم كإياه.

قال أشهب: وينظر السلطان في اختلاف الوصيين بخلاف الورثة، فيمضى قول أصوبهما، فإن كان مع الأصاغر وارث كبير فتماسك ورد[4] الوصيان، أو رد وتماسكا فذلك كاختلاف الورثة، فإن تماسك الوارث وواحد من الوصيين ورد الآخر نظر السلطان بالأصلح أيضاً فإما أمر الراد بالإجازة، أو أمر المخير بالرد ثم ليس لمختار الأخذ من وصيين، أو وارث إلا أخذ الجميع، أو الرد إلا أن يشاء الحي من المتبايعين التماسك بحصة مختار الرد فليس للآخذ منعه من ذلك[5].

قال ابن القاسم: وإن أحاط الدين بمال الميت، فاختار غرماؤه رداً، أو أخذاً وذلك أوفر لتركته وأرد لقضاء دينه، فذلك لهم دون ورثته، فإن ردوا لم يكن للورثة الأخذ إلا أن يؤدوا الثمن من أموالهم دون مال الميت[6].

وإذا ابتاع المكاتب شيئاً بالخيار ثلاثاً فعجز في الثلاث فلسيده من الخيار ما كان له.

ومن ابتاع بخيار ولم يضربا له أمداً، جاز وجعل له من الأمد ما ينبغي في مثل تلك السلعة.

ومن ابتاع سلعة، أو ثوباً على أنه بالخيار يومين، أو ثلاثة، فلم يختر حتى مضت أيام الخيار، ثم أراد الرد والسلعة في يديه، أو أراد أخذها وهي بيد البائع، فإن كان بعيداً من أيام الخيار، فليس له ردها من يده ولا أخذها من يد البائع، وإن كان بعد غروب

(1) انظر: المدونة: 7/113.

(2) انظر: المدونة: 7/344.

(3) انظر: المدونة: 7/114، وما بعدها.

(4) في (ف2): (فرد).

(5) انظر: المدونة: 7/101و 102.

(6) انظر: المدونة: 7/102، والقول منسوب لأشهب.

الشمس [(م: 201/ب)] من آخرها، أو كالغد، أو قرب ذلك، فذلك له، واحتج بالتلوم للمكاتب دون الوقوف بتعجيزه على حد الأجل وغير ذلك، وإذا مضت أيام الخيار وتباعدت قبل اختيار من له الخيار، فالسلعة لازمة لمن هي بيده من بائع أو مبتاع لا خيار للآخر فيها، وإن شرطا[1] إن لم يأت بالثوب قبل مغيب الشمس من آخر أيام الخيار لزم البيع[2].

قال مالك: لا خير في هذا البيع أرأيت إن مرض أو حبسه[3] سلطان.

قال ابن القاسم: وهذا[4] يدل أن لمشترط الخيار الصحيح أن يرد بعد الأجل إن كان بقرب الأجل[5].

وكذلك إن[6] اشترى ثوباً من ثوبين يختاره، فمضت أيام الخيار ولم يختر، فلا خيار له إلا أن يكون ذلك قريباً، أو يكون قد أشهد فيها أو فيما قرب منها، وإن اشترى غنماً أو ثياباً أو رقيقاً على أنه بالخيار إذا نظرها، فنظر إليها وصمت حتى رأى آخرها[7] فلم يرضها فذلك له وليس صمته ذلك رضاً، ولو كانت حنطة فرضي البعض ورد البعض، وهو[8] كصفة ما رضي لزمه الجميع؛ لتساويه، وإن كان الآخر مخالفاً فله رد الجميع[9]،

---

(1) في (م): (شرط).

(2) عياض: وقوله في مسألة الخيار (فإن لم تأت بالسلعة آخر أيام الخيار فالبيع لك لازم لا خير فيه، ونهي عنه)، وتشبيهه بمسألة: إن لم تأتني... بالثمن فرق بعضهم بينهما؛ لأن تلك منعقدة، ومسألة الخيار غير منعقدة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1650 و1651.

(3) في (م): (حبس).

(4) في (ق): (فهذا).

(5) انظر: المدونة: 138/7.

(6) في (ف2): (إذا).

(7) في (م): (آخر).

(8) في (ف2): (وهي).

(9) عياض: ومسألة (مشتري الطعام بالخيار إذا نظر إليه فوجده مخالفا).

تكلم في الكتاب إذا كان الخلاف كثيرا، ولم يتكلم إذا كان يسيرا.

ووقع في بعض نسخ المدونة: وقال غيره: إلا أن يكون الذي خرج مخالفا أقله وأتفهه - أي: أيسره -

وليس للبائع أن يُلْزِمَه بما[1] رضي به أولاً بحصته قبل رؤيته للخلاف إن كان الخلاف كثيراً، وإن أراد المبتاع أخذ الجيد بحصته وأبى البائع فذلك للبائع، وكذلك كل ما يوزن أو يكال[2].

قال غيره: فإن كان الخلاف في أقله فيلزم المشتري الجيد بحصته.

قال في غير المدونة: إذا شاء ذلك البائع.

قال سحنون: إذا أصاب عيباً بالقليل من الطعام لزم البيع[3] في باقيه، وإن كثر لم يلزم أحدهما إلا باجتماعهما[4].

قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز: كان المعيب يسيراً أو كثيراً فليس للمبتاع أن يأخذ إلا الجميع، أو يرد الجميع.

=

فلا قول للمشتري، بل هو لازم للمشتري، وإن كان أراد الرد إلا أن يقيله البائع.

وثبت هذا في كتاب ابن عيسى وسقط في أكثر الروايات، ونبه عنده على سقوطها من بعض الروايات، وكان في كتاب ابن عتاب محوقا عليه، وكذلك في كتاب ابن المرابط، وهي موافقة لما في العتبية: أن الطعام يلزم المبتاع بحصته من الثمن، وفي كتاب ابن حبيب عن أصبغ وعبد الملك ومطرف مثله، وهو قول سحنون، ويلزم البائع والمبتاع بحصته من الثمن.

قال فضل: مذهب سحنون هنا أن ذلك يلزم المبتاع على ما أحب... البائع أو كره.

قال: وبه قال عبد الملك وأصبغ وهو خلاف رواية ابن القاسم.

قال ابن أبي زمنين: لم يعطنا في الخلاف اليسير جوابا بينا، وفيه تنازع، وذكر قول سحنون هذا وابن حبيب.

وهذا كله خلاف ما تأوله أبو محمد على سحنون أن ذلك إنما يلزم المبتاع برضى البائع.

وفي الواضحة عن ابن القاسم أنه يقال للمشتري: إن شئت فخذه كله وإن شئت فدع، كان الفاسد منه قليلا أو كثيرا؛ لأن البائع يقول له: لم أبعه إلا ليحمل الصحيح الفاسد.

قال ابن القاسم: وهو تفسير قول مالك، وحكى الداودي - أيضا - هذا القول، والصواب أنه اختلاف قول، كما يظهر من الروايات. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1625، وما بعدها.

(1) في (ق): (ما).

(2) انظر: المدونة: 7/ 111، وما بعدها.

(3) في (ق): (التبايع).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 7/ 287.

وكلام سحنون في المستخرجة في سماع ابن القاسم في جامع البيوع،

وإن ابتاع هذه الغنم كل شاة بدرهم، أو اشترى هذه الصبرة[1] كل قفيز بدرهم على أنه بالخيار ثلاثاً[2]، لم يكن له أخذ بعض دون بعض إلا برضى البائع؛ إذ هي صفقة واحدة[3]، ولا يجوز في الصرف[4] خيار، وإن قرب، وإن عقداه عليه لم يجز إن أسقطا الخيار قبل التفرق.

ولا بأس بالخيار في السلم إلى أمد قريب، يجوز تأخير النقد إلى مثله كيومين وثلاثة، ولا ينتقد، وإن تباعد لم يجز[5]، وإن عقداه على ذلك ثم ترك الخيار مشترطه لم

---

(1) الصبرة: واحدة صبر الطعام. تقول: اشتريت الشيء صبرة، أي بلا وزن ولا كيل. انظر: الصحاح: 707/2.

(2) عياض: ومسألة (إجازته كل شاة بدرهم أو هذه الثياب كل ثوب بدرهم، وصبرة القمح كل قفيز بدرهم).

قال سحنون: أكثرهم على جوازه، ومنهم من لا يجيزه.

قال أبو عمران: أظن التونسيين هم الذين يكرهونه، حكاها عنهم... حماد بن يحيى السجلماسي.

وجاء بالكلام على الصبرة والثياب والشياه.

ثم قال: ومعنى المسألة في الكتاب في الغنم والثياب، إنما ذلك إذا عرفا عددها، وإلا لم يجز، بخلاف الطعام؛ لأنه يباع جزافا، ونقلها أبو محمد.

قال سحنون من أصحابنا: من يغمز البز والرقيق، كل رأس وكل ثوب بدرهم؛ قالوا: وفرق بينهما وبين الطعام أن هذه لا يجوز بيعها جزافاً وصبرة، ولا يخرجها تسمية ما لكل واحد على الجزاف، إذا لم يعرف عددها، ويجوز بيع الطعام مصبرا وغيره من المكيل والموزون، فجاز بيعه على هذا الوجه الآخر، إذا لم يخرجه عن الجزاف أيضاً.

وابن القاسم رأى أن تسمية ما لكل رأس ليس من الجزاف، إذا صار الثمن معلوماً، بحسب عددها فخف غرره. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1642، وما بعدها.

(3) انظر: المدونة: 128/7.

(4) قوله: (في الصرف) ساقط من (ف2).

(5) عياض: قال ابن محرز: ظاهر قوله أنه تكلم إذا كان رأس مال السلم عينا، ولم يذكر لو كان عبداً أو دابة أو دارا، واستصوب أن يعتبر الجنس الذي هو رأس مال السلم عينا أو دابة الذي اشترط الخيار فيه، فيضرب له من الأجل أجل مثله.

قال القاضي: ظاهر الكتاب يدل على اختلاف اختياره وتعليله بأنه لهما إجازة ذلك؛ لأنه يجيز أن

يجز لفساد العقد[1].

ومن السلم: وإن بعت سلعة في بيتك[2] ولم تصفها لم يجز، إلا على شرط أن يكون الخيار له إذا رآها، ولو وليتها إياه جاز، وإن لم يشترط[3] خياره، ويلزمك البيع ويكون المبتاع مخيراً إذا رآها، وذلك على[4] أنه على المعروف[5].

ما يُعد من بعد[6] فعل ذي الخيار اختياراً، وما يُحدث أحد المتبايعين في السلعة، والقضاء في ضمانها وما يَحدث فيها من نماء، أو نقص وعيب وجناية، والدعوى في ذلك وفي ردها

والقضاء: أن الذي له الخيار في السعة إذا فعل فيها ما يفعل المالك عُد ذلك اختياراً منه لما[7] [(م: 202/أ)] من بائع، أو مبتاع، وقد قضى عمر بثواب الهبة، من يرى أنه أراد ثوابها[8] وإن لم يلفظ باشتراطه.

فأما[9] الضمان: في الخيار فمن البائع؛ إذ لا يتم البيع إلا[10] باختيار إمضاء البيع، أو بما يُعد اختياراً لإمضاءه[11] فالسلعة بملك البائع معلقة؛ إذ هو أقدم ملكاً، فلا =

يؤخر رأس مال السلم يوما أو يومين أو ثلاثة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1641 و1642.

(1) انظر: المدونة: 122/7.

(2) في (م): (شد).

(3) في (ف2): (تشترط).

(4) قوله: (على) ساقط من (ق).

(5) انظر: المدونة: 378/6.

(6) قوله: (بعد) زيادة من (ق).

(7) في (ف2): (لها).

(8) في (ق): (ثوابا).

(9) في (ق): (وأما).

(10) قوله: (البيع إلا) ساقط من (ف2).

(11) في (م): (لإمضاء).

ينتقل الضمان عنه إلا بتمام انتقال ملكه عنها، والضمان منه فيما قبضه المبتاع مما لا يغاب عليه أو فيما يثبت هلاكه مما يغاب عليه، وما لا يثبت هلاكه مما يغاب عليه فالمبتاع يضمنه؛ لأن قبضه خارج من قبض الأمانة، كقبض[1] الرهن والعارية التي جعلها الرسول عليه السلام مضمونة في السلاح[2]، فكان ما يغاب عليه مثله.

قال ابن القاسم: فالذي له الخيار من المتبايعين إذا[3] وهب، أو تصدق، أو آجر، أو رهن، أو أعتق أو دبر أو كاتب، أو وطئ أو قبل، أو باشر فذلك من المبتاع رضا بالبيع، ومن البائع رد له، ونظر المبتاع إلى فرج الأمة رضاً، وليس التجريد رضا إلا أن يقر أنه متلذذ وقد تُجرد[4] للتقليب فإن قال ذلك؛ صدق.

وإن هلب الدابة[5]، أو ودجها، أو عربها[6] أو سافر عليها، فهو[7] رضاً إلا في يسير الركوب ليختبرها، وكراء الرباع[8] كلها والدواب رضا، وإن لبس الثوب، وزوج العبد، أو ضربه، أو جعله في صناعة، أو في الكتاب، أو ساوم بهذه الأشياء للبيع، وهذا كله في أيام الخيار فهو رضاً وقطع[9] لخياره عند ابن القاسم، وإن جنى على العبد عمداً

---

(1) في (ق): (وكقبض).

(2) صحيح، أخرجه أبو داود: 318/2، في باب في تضمين العارية، من كتاب الإجارة، برقم: 3562، وأحمد: 400/3، برقم: 15337، من حديث صفوان بن أمية رضي الله عنه.
ولفظه عند أبي داود: عن صفوان بن أمية قال: إن رسول الله ﷺ: استعار منه أدراعاً يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: لا بل عارية مضمونة.

(3) قوله: (إذا) ساقط من (ق).

(4) في (ف2): (يجرد).

(5) هَلَبَ الفَرَسَ هَلْباً وهَلَّبه نَتَف هُلْبه، قد هُلِبَ ذَنَبه، أَي: اسْتُؤْصِلَ جَزّاً، انظر لسان العرب، لابن منظور: 786/1.

(6) عرب الدابة بزغها على أشاعرها ثم كواها، انظر: لسان العرب، لابن منظور: 587/1.
عياض: وتعريب الدابة بعين مهملة كي أسافلها وفصدها هناك، وتهليبها: جز شعر ذنبها، وتوديجها: فصدها في ودجيها. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1627.

(7) في (ق): (فهي).

(8) في (ق): (للرباع).

(9) في (م): (وقطعاً).

فذاك رضاً، وله رده في الخطأ وما نقصه، وفي الدابة مثله، وإن كان عيباً مفسداً ضمن الثمن كله[1].

قال سحنون كلام سوء يؤيد قوله الثمن كله، وإنما يضمن القيمة.

وقال أشهب في العمد لا يظن بأحد[2] أن يفعل ذلك اختياراً، والخيار له قائم، ولم ير أشهب: الإجارة والرهن والسوم والجناية وإسلامه العبد للصناعة وتزويجه العبد رضاً بعد يمينه في الرهن والإجارة والتزويج ما كان منه رضاً[3].

وذكر[4] ابن المواز عن أشهب بعد أن يحلف[5] في هذه الوجوه كلها.

قال محمد: إنما اختلفا في تزويج العبد وأما[6] تزويج[7] الأمة فهو رضاً عندهما[8].

وروى علي بن زياد: أنه لا يبيع حتى يعلم البائع أو يشهد أنه قد اختار، فإن[9] لم يفعل لم يعد رضاً، وخير البائع: فإما رد البيع، أو أجازه وأخذ الثمن[10].

وطرح سحنون من قوله: إن البائع مخير، وقال سحنون: إنما في رواية علي أن الربح للبائع لأنها كانت في ضمانه.

قال ابن القاسم: وإن[11] كان الخيار للمبتاع في أمة فأعتقها البائع في الخيار أوقفت

---

(1) انظر: المدونة: 7/107، وما بعدها.

(2) في (ق): (أحد).

(3) انظر: المدونة: 7/109.

(4) في (ق): (ذكر).

(5) في (ف2): (تحلف).

(6) في (ق): (فأما).

(7) في (م): (تزوج).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 6/396.

(9) في (ف2): (وإن).

(10) انظر: المدونة: 7/109.

(11) في (ف2): (فإن).

العتق فإن رد المبتاع البيع ثم[1] العتق وإن أمضاه بطل العتق[2].

وكذلك يوقف عتقه فيما أخدم، أو واجر في انقضاء المدة فيعتق بغير إحداث عتق[3]، وما هلك بيد المبتاع والخيار لهما، أو لأحدهما، أو على رضا فلان في أيام الخيار، أو عطب، أو مات مما[4] غيب عليه ولم يعرف هلاكه فهو من المبتاع، وإن كان الخيار له لزمه بالثمن ولا يصدق إلا ببينة أنه هلك بغير تفريط، أو بأمر ظاهر من أخذ لصوص له، أو غرق مركب كانوا فيه، وقد عاينوا قبضه فيه، أو احتراق [(م: 202/ب)] منزل، وقد رأوا الثوب في النار.

محمد: وعلم أن النار من غير سببه، فإذا شهدت[5] بينة بهذا كان من البائع، وكذلك في الرهن، والعارية يكون من الراهن والمعير، وهلاك ما لا يغاب عليه، من ربع، ورقيق، وحيوان فمن البائع.

وإن ادعى المبتاع[6] إباق الرقيق، وانفلات الدواب، أو أن ذلك سُرق صدق مع يمينه، إلا أن يأتي بما يدل على كذبه، ولا يكلف بينة، وإن ادعى موتاً بموضع فيه من يسأل سئل هناك[7]، ولا يقبل إلا العدول، فإن بان كذبه، أو لم يعلم ذلك بالموضع أحد؛ ضمن، وإن لم يتبين كذبه في مسألتهم، أو كان بموضع ليس فيه أحد يسأل دين وحلف، وما لم يضمنه[8] المبتاع كان من البائع انتقد أو لم ينتقد، ويرد ما انتقد[9].

وكذلك إن وقع بيع الخيار فاسداً باشتراط النقد، كان ما هلك في الخيار من البائع،

---

(1) في (ف2): (تم).
(2) انظر: المدونة: 7/110.
(3) في (ق): (العتق).
(4) في (ف2): (فما).
(5) في (م): (أشهدت).
(6) قوله: (المبتاع) ساقط من (م) و(ق).
(7) في (ف2): (هنالك).
(8) في (ق): (أضمنه).
(9) انظر: المدونة: 7/135.

وإن قبضه المبتاع فيما لا يغاب عليه كالبيع[1] الصحيح، ويرد ما انتقد[2].

وإن تبايعا عبداً بعبد وتقابضا، فمصيبة كل عبد في الخيار[3] من بائعه[4].

وإن ابتاع ثوبين بخيار فهلكا بيده[5] في الخيار؛ لم يصدق، ولزماه بالثمن لا بالقيمة، كان الثمن أكثر من القيمة أو أقل، وإن هلك أحدهما؛ لزمه بحصته من الثمن، ولو كان إنما ابتاع[6] أحدهما بخيار[7]، وثمنهما واحد لم يضمن إن هلكا إلا أحدهما، وفي هلاك أحدهما[8] يضمن نصف ثمن الهالك[9] ثم له أخذ الثوب الباقي أو رده[10].

وكذلك قال مالك: فيمن استقرض رجلاً ديناراً فأعطاه ثلاثة ليختار فهلك بيده اثنان قبل الاختيار أنهما كالشريكين[11].

---

(1) في (ق): (في البيع).

(2) انظر: تهذيب البراذعي: 3/ 193.

(3) قوله: (في الخيار) ساقط من (ف2).

(4) انظر: المدونة: 7/ 109.

(5) في (ق): (عنده).

(6) في (ف2): (يبتاع).

(7) في (ق): (بالخيار).

(8) زاد بعد في (ف2) قوله: (لم).

(9) في (ف2): (الهلاك).

(10) انظر: المدونة: 7/ 119.

(11) انظر: المدونة: 7/ 118.

عياض: وقوله في مسألة (اشتراء الثوبين أو العبدين على أن يأخذ أيهما شاء وهو بالخيار ثلاثة أيام: هذه مسألة خيار واختيار)، فأجاب ابن القاسم عن الاختيار في الثوبين فقط، وعدل عن السؤال.

ثم أجاب أشهب عن العبدين؛ فدل أنه رجع إلى المسألة الأولى؛ إذ ليس في جواب ابن القاسم ذكر العبدين.

والجواب في الخيار المجرد أو الخيار والاختيار سواء عند ابن القاسم، وقد سوى بينهما في كتاب محمد، بخلاف الاختيار المجرد عنده، وهو عنده في الثاني أبين.

وعند ابن حبيب في الاختيار أنه ضامن لهما جميعا، وحكاه عن جماعة من أصحاب مالك ﷺ.

وسواء على قوله في المدونة (تلف الثوب ببينة أو بدعواه)، وتشبيهه مسألة الثوبين في الاختيار =

وروى المصريون عن ابن القاسم أنه يلزمه نصف ثمنهما جميعاً.

قال ابن المواز: وليس له اختيار أخذ جميع الباقي، إلا بمشيئة البائع؛ لأنه إنما اشترى ثوباً لا ثوباً ونصفاً.

قال[1] أشهب: فإن كان موضع الثوبين في المبيع[2] عبدين، فالهالك[3] من البائع،

= بمسألة الثلاثة دنانير، وأنها في الثلاثة دنانير شريكان.

وقول سحنون: (معناه إن تلف الدينارين لم يعلم إلا بقوله).

اعترض غير واحد قوله هذا، وقال: لا معنى له؛ إذ لا فرق بين دعواه في ذلك وثبوته بالبينة لأخذه أحدهما على الإيجاب لنفسه، فهو منه على كل حال، وإذا لم يتعين فهو شريك في الضمان؛ كمسألة الثوبين إذا أخذ أحدهما على الإلزام والاختيار فيهما، فالهالك منهما، ولهذا طرح أبو محمد كلام سحنون ولم يذكره.

وقال أبو عمران: هو خلاف قول ابن القاسم.

واختصره غيره: وإن كان لا يعلم تلف الدينارين إلا بقوله.

وروى هذا الكلام ابن محرز: وإن كان لا يعلم تلفهما إلا بقوله، ولم يصح عنده رده على مسألة الدنانير بوجه؛ فوجب حمله عنده على المسألة المتقدمة في الاختيار في الثياب.

واستدل على صحة تأويله بقوله بإثر هذا: (قلت: أيكون لي أن آخذ الباقي، قال: نعم).

قال القاضي: وهذا يستقيم لو لم يذكر في الروايات كلها النص على الدينارين كما ذكرناه.

وقال غيره: وهذا إنما هو إذا أخذها على أن له أخذها، إما سلفا أو قضاء من حق، إلا أنه غير معروف فيها، فوجب أن يكون شريكا فيها.

وأما لو أخذها ليريها أو ليزنها فإن كان فيها وازنا أخذه وإلا ردها لكانت عنده على الأمانة، ولم يضمن منها شيئا، ولو قبضها لتكون رهنا عنده حتى يقبض حقه منها أو من غيرها؛ كان ضامنا لجميعها كما تضمن الرهان، إلا أن يثبت هلاكها.

وقال ابن حبيب: وإنما يكون الدينار الواحد من حامل الدنانير إذا لم يشك أنه قد كان فيها دينار وازن، فأما إذا جهل ذلك، وقال: ضاعت قبل أن أزنها؛ فإنه يرجع عليه بدينار بعد أن يحلف له ما وزنها، إلا أن تكثر الدنانير ويعلم أن مثلها لا يخلو من وازن. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1634، وما بعدها.

(1) قوله: (قال) زيادة من (ق).

(2) في (ق): (البيع).

(3) في (ف2): (فالهلاك).

وللمبتاع أخذ الباقي، أو رده[1].

قال أشهب في غير المدونة: في الثوبين على أن يختار[2] أحدهما، أو على أنه بالخيار ثلاثاً[3] أنه يضمنهما جميعاً المبتاع، فإن أخذ الباقي كان عليه بالثمن والتالف بالقيمة، وإن رده فإن عليه التالف بالأقل من ثمنه أو من قيمته[4].

وكذلك لو اشترى ثوباً على أنه بالخيار فهلك بيده قبل أن يختار[5]؛ فعليه الأقل من قيمته أو الثمن، ويحلف أنه ضاع فإن نكل لزمه بالثمن، أو[6] إذا مضت أيام الخيار[7].

ومن غير المدونة: قال ابن القاسم: في الثوبين إن قال إنما هلك[8] الثوب بعد أن اخترت هذا الباقي؛ صدق مع يمينه، ولم يضمن[9].

و إن جازت[10] أيام الخيار وتباعدت، فليس له اختيار[11] أحدهما[12]، وقد انتقض البيع، إلا أن يكون قد أشهد أنه قد اختار في أيام الخيار وما قرب منها، قال: وله اختيار أحدهما بغير محضر البائع، فإن اختاره ببينة أشهدهم عليه[13] بقول أو بقطع أو بيع أو رهن، أو ما يلزمه به من الإحداث كان في الباقي أميناً[14] إن هلك فمن بائعه.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 391.

(2) قوله: (أن يختار) يقابله في (ق): (الخيار).

(3) في (م): (ثلاثة).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 8/392، والنوادر والزيادات: 6/ 391.

(5) قوله: (أن يختار) يقابله في (ف2): (الخيار).

(6) قوله: (أو) ساقط من (ف2).

(7) انظر: المدونة: 7/119.

(8) في (م): (ضاع).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 391.

(10) قوله: (إن جازت) يقابله في (ف2): (وإذا أجازت).

(11) قوله: (اختيار) ساقط من (ف2).

(12) في (دار الكتب): (أخذهما).

(13) قوله: (عليه) زيادة من (ق).

(14) في (ف2): (أمينا).

وانخساف البئر في أمد الخيار من البائع، ولو كانت أمة فأصابها عيب في الخيار، وهي بيد أحدهما، والخيار لهما أو لأحدهما، فهو من البائع، ويخير المبتاع بين أخذها[1] بجميع الثمن، [(م: 203/أ)] أو ردها.

وكذلك لو ظهر على عيب قديم ثان، وكذلك ما يحدث في عهدة الثلاث وفي المواضعة، وليس له في ذلك كله التماسك على أن يرجع بقيمة العيب القديم؛ لأنه علمه وهي في ضمان البائع فكأنه عليه اشتراه[2].

ولو حدث بها عيب في الخيار علمه، ثم حدث عيب مفسد عنده بعد زوال الخيار، ثم ظهر على عيب قديم خُيّر، فإن اختار حبسها قومت بعيب الخيار يوم الصفقة، ثم قومت به وبالعيب الأقدم يوم الصفقة فما نقصها العيب القديم رجع بحصة ذلك من الثمن، وإن[3] شاء الرد قومت أيضاً حتى يعلم ما نقصها العيب الحادث عنده من قيمتها يوم قبضها يريد يوم تمام الصفقة فيعرف ما نقصها فيرد ذلك معها[4].

---

(1) في (ق): (أخذهما).

(2) في (ف2): (اشتراء).

(3) في (ق): (فإن).

(4) عياض: وقوله: (في تقويم الجارية المبيعة بالخيار وقد حدث بها في أيام الخيار عور وقد دلس البائع معه بعيب وحدث عند المشتري عيب وأراد التمسك ؛ فيقال: ما قيمة هذه الجارية وهي عوراء يوم وقعت الصفقة بغير عيب التدليس، ثم قيمتها بعيب التدليس يومئذ أيضا؟ ويطرح من الثمن حصة عيب التدليس) ؛ فقال ابن مناس وغيره: معنى ذلك يوم العقد على ظاهر الكتاب.
وعند جمهورهم: إنما تقوم يوم خروجها من الخيار والمواضعة وحصولها في ضمان المشتري، وهو الأصل في هذا الباب، ألا تراه كيف قال في كتاب العيوب: وإنما تقوم السلعة يوم يقع البيع فيها؛ لأن مصيبتها منه، فظاهره اعتبار الضمان، فإذا اتجه عليه الضمان فحينئذ يكون التقويم.
وقد قال في هذا الكتاب في المسألة نفسها: (فإن أراد الرد نظر إلى العيب الذي حدث عنده كم ينقص منها يوم قبضها، فيرده معها).
وقد أنكر قوله: يوم قبضها أبو القاسم بن شبلون وأبو الفضل التميمي وغيرهما من شيوخ القرويين، وقالوا: إنما تقوم بالعيب الحادث عند المبتاع، يوم عقد البيع؛ لأنه إنما رضي إمضاءه بالعقد الأول.
وقال ابن محرز وغيره: إنما الصواب أن تقوم القيمة هنا يوم خرجت من الخيار والاستبراء وصارت

قال[1] محمد: في الجارية تباع بيعاً فاسداً ويقبض[2] بعد المواضعة، فإنما تقوم[3] بقيمتها يوم قبضها بعد الاستبراء، وكذلك في البيع الصحيح إذا فاتت وقام بعيب؛ لأن الضمان من البائع في الاستبراء، ولا يلزمه[4] إلا بعد الاستبراء وإن لم يقبضها، وهي[5] لا تلزمه في البيع الفاسد إلا يوم القبض.

ولو فسد البيع باشتراط النقد في الخيار والمسألة على حالها وحدث بها أيضاً بعد أيام الخيار وبعد أن قبضها عيب مفسد، فإنه إن شاء حبسها ويوضع عنه قدر العيب الأقدم من قيمتها يوم قبضها[6].

= في ضمانه.

وقال ابن أبي زمنين: معنى قوله: يوم قبضها، أي: يوم تمت الصفقة؛ لأن التقويم للعيوب إذا كان البيع صحيحا إنما يكون يوم تمام الصفقة، والقيمة في البيع الفاسد يوم القبض.

واختلافهم في هذا اللفظ الآخر على اختلافهم في الأول؛ فمن أنكر ظاهر الأول صوب اللفظ الآخر، ومن صوب اللفظ الأول أنكر اللفظ الآخر.

والأصل في هذا الباب ما حكيناه عن ابن أبي زمنين. وقد أشار ابن محرز إلى أن اختلافهم فيه على أصل اختلافهم في التضمين في الخيار، هل هو من البائع حتى يقبضه المشتري، فتقوم على هذا يوم القبض؟

ومن قال: ضمانها من المشتري؛ قال: تقوم يوم البيع - وهو قول ابن كنانة - إذا كان الخيار للمشتري، وسيأتي شيء من هذا في كتاب العيوب إن شاء الله تعالى.

وقال غيره: هذا على الخلاف، هل العقد بيع على الحقيقة، ينقل الملك ويلزم الضمان بنفسه، أو حقيقته التقابض؟

وإنما الكلام عقد يوجب البيع، وعلى هذا؛ هل التسليم والتوفية حق على البائع بما يتم بيعه أم لا؟

وقوله: (ولا ينظر إلى العيب الذي حدث في أيام الخيار)، وهذا قد نظر إليه في حسابه المتقدم ذكره في التقويم، ومعنى ذلك: لا ينظر إليه في حطه عن المشتري لرضاه به. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1631، وما بعدها.

(1) قوله: (قال) زيادة من (ق).

(2) في (ف2): (وتقبض).

(3) في (م): (وإنما تقوم).

(4) في (ف2): (ولا تلزمه).

(5) قوله: (هي) ساقط من (ق).

(6) انظر: المدونة: 132/7.

عياض: وقوله في مسألة: (مشترط النقد إذا أصابها في أيام الخيار عيب وأصابها عنده عيب، واطلع =

قال[1] سحنون: بعد أيام الخيار.

ابن القاسم: لأنه بيع فاسد وجبت فيه قيمة فصارت كالثمن، وإن شاء ردها وما نقصها العيب الحادث عنده من قيمتها يوم قبضها ولو لم يحدث عنده عيب مفسد ولكن تغيرت عنده في بدن، أو سوق فله ردها بالعيب؛ إذ حوالة الأسواق لا تفيت رد العيب، وله حبسها بقيمتها يوم قبضها بعد زوال الخيار[2].

ذكر[3] ابن المواز وغيره: أنه إن لم يحدث بها غير حوالة الأسواق وشاء أن يحبسها، فإن عليه قيمتها بعيب الخيار فقط على أنها سليمة من عيب التدليس؛ لأن حوالة السوق لا تفيت ردها بالعيب، وكأنه قد رضيه[4]، ويفيت البيع الفاسد، فصارت القيمة كالثمن الصحيح لا ينقص منه لعيب يملك الرد به.

قال ابن عبدوس: وهذا قول ابن القاسم وأشهب، وخالفهما سحنون، أما قول

= على عيب مفسد دلس به البائع، فأراد حبسها؛ وضع عنه قدر العيب الذي دلس به يوم قبضها؛ لأنه قبضها على بيع فاسد، فصارت قيمتها لها ثمنا).

قال بعضهم: هذا كله يدل أنها ليست كالبيع والسلف في فوات السلعة كما قال ابن سحنون ؛ إذ لم يشترط في القيمة مراعاة الثمن ولا غيره. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1644.

(1) قوله: (قال) زيادة من (ق).

(2) انظر: المدونة: 132/7 و133.

عياض: وقوله بعد هذا: (فإن لم يحدث عنده عيب مفسد - يريد: وإن فاتت بحوالة سوق - كان بالخيار؛ إن شاء ردها بعيب التدليس وإن شاء حبسها وغرم قيمتها يوم قبضها).

ظاهره على ما هي عليه بالعيبين: الحادث والقديم، وهو قول سحنون وابن عبدوس؛ لأنه إنما لزمه ضمانها لما فاتت.

وقال بعضهم: معناه أنه قد كان حكم على المبتاع بالقيمة لفساد البيع قبل وجود العيب القديم، ولو لم يحكم بينهما بقيمة العيب لقيل له: إن شئت احبسها واغرم قيمتها معيبة يوم قبضها، وإن شئت ردها وما نقص من قيمتها يوم قبضها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة: ص. 1644 و1645.

(3) في (ف2): (وذكر).

(4) في (م): (رضيها).

سحنون: إنه ليس في البيع الفاسد رد بعيب إذا وجبت فيه القيمة ويقضى على المبتاع بقيمة السلعة معيبة[1]، فقال[2]: عليه قيمتها بالعيبين[3] جميعاً.

قال ابن طالب: ولو لم يتغير سوقها، ولا حدث عنده عيب لفسخنا البيع، ولم يكن له خيار في حسبها.

قال ابن القاسم: وإذا[4] ولدت الأمة في الخيار[5] كان ولدها معها في إمضاء البيع، أو رده لمن له الخيار بالثمن المشترط، ولا شيء على المبتاع من نقص الولادة إن ردها، ولا مما جنى عليها أجنبي، أو أصابها من أمر الله، وللبائع طلب الجاني[6].

وأما أخذها المبتاع مغصوبة بجميع الثمن والأرش للبائع، وإلا ردها.

وما وهب لها، أو تصدق عليها في الخيار فللبائع، وعليه [(م: 203/ب)] نفقتها في الخيار، ويضمن البائع أيضا ما يحدث بالأمة، أو بالعبد في عهدة الثلاث وقد كتبت

---

(1) قوله: (أما قول سحنون... السلعة معيبة) زيادة من (م).

(2) في (ق): (وقال).

(3) في (ف2): (بالعبدين).

(4) في (ف2): (فإذا).

(5) عياض: ومسألة (الجارية تلد في أيام الخيار) اعترضت من باب بيع المريض واعتذر عنها فضل وابن أبي زمنين وغيرهما بأن بائعها لم يعلم المشتري بحملها ولا عرفه، وهذا معترض؛ لأن معرفة أحد المتبايعين بها يفسد البيع مفسد له على أحد القولين في هذا الأصل.
وقال ابن محرز: لا يمنع بيعها حتى تكون في حد المريض الذي يحجر عليه أفعاله لشدة مرضه وبلوغه حد السياق.
قال القاضي: وقد يمكن أن يكون بيعها في آخر سادس شهورها؛ إذ لا يحكم لها بحكم المريض في أفعالها إلا فيما بعد السادس، وقد تكون وضعت في السابع لتمام السادس وفي مدة أمد الخيار، ولا سيما على رواية ابن وهب في إجازته في العبد خيار شهر.
وقد يمكن أن البائع والمبتاع لم يعلما بحملها جميعا حين العقد، فوقع العقد على صحة، وإنما يقع فيه الفساد بعلمهما معا باتفاق أو بعلم أحدهما على الاختلاف ودخولهما على الغرر. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1628 و1629.

(6) انظر: المدونة: 7/115 و116.

ذلك في التدليس.

وقال أشهب: إذا ولدت الأمة في الخيار فالولد للبائع فإن كان الخيار للمبتاع فاختار أيضا البيع قيل لهما: إما جمعتما بين الأمة والولد[1] في حوز أحدكما[2] وإلا نقضنا[3] البيع[4].

وروى أبو زيد عن ابن القاسم: أنه ليس للمشتري أن يختار إلا[5] الجارية دون الولد، إلا أن يشاء البائع تسليم الولد إليه معها.

قال ابن القاسم[6]: وإن ابتاع شيئاً على خيار مما يغاب عليه، أو لا يغاب عليه، ثم رده فقال البائع ليس هو هذا، فالمبتاع مصدق مع يمينه.

وكذلك لو قضاه دنانير من دين؛ ليقلب وينظر، ثم ردها إلى الدافع، فالقول فيها قول الراد مع يمينه[7].

---

(1) قوله: (الأمة والولد) يقابله في (ف2): (الولد والأم).

(2) في (م): (أحداكما).

(3) في (م): (نقضا).

(4) انظر: المدونة: 7/117.

عياض: وقول أشهب في المسألة: (فإن اختار المشتري البيع وقبض الأم، فاجتمعا على أن المشتري يضم الولد أو يأخذ البائع الأم فيجمعان بينهما).

ظاهره في حوز لا في ملك، وعليه اختصرها أبو محمد.

وقيل: بل في ملك، وهو أصلنا في البيع.

وقيل: فرق بينهما أن هذين لم يفرقا في البيع ولا عملا عليه.

وقول أشهب: (إذا لم يجمعا بينهما - على ما ذكره - وإلا نقض البيع في الأم وردت إلى البائع)؛ يستفاد منه أن أشهب اختلف قوله في جمع السلعتين لمالكين؛ إذ معروف مذهبه جوازه، وكان على هذا إن لم يجمعاهما أجبرا على بيعهما على أصله في جواز ذلك، وإنما ينتقض البيع على المشهور من قول ابن القاسم وأصله وروايته ومنعه جمع السلعتين على أنه قد اختلف عنه أيضا.

وروي عنه إجازة ذلك، فقول أشهب هنا مثل قوله بالمنع والنقض. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1629 و1630.

(5) قوله: (إلا) ساقط من (ف2).

(6) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ف2).

(7) انظر: المدونة: 7/135.

ابن القاسم: وأما الضياع فمن البائع إلا أن يكون قبضه على الوديعة[1].

في بيعتين في بيعة، وما يجوز من البيع على خيار[2] من عدد من صنف واحد، أو[3] من[4] صنفين، وما يستثنيه البائع على الخيار

نهى الرسول ﷺ عن بيعتين في بيعة[5]، ونهى عن بيع الغرر[6]، فكل بيع جرى فيه خطر أو غرر فلا يجوز.

قال مالك: ومن[7] بيعتين في بيعة؛ بيعك سلعة بدينار نقداً، أو بدينارين إلى أجل قد لزم المتبايعين، أو أحدهما أحد الثمنين[8].

قال مالك: وكذلك[9] في عبدين، أو ثوبين هذا بخمسة[10] نقداً، وهذا بعشرة[11]

---

(1) قوله: (ابن القاسم: وأما... على الوديعة) ساقط من (ف2) و(ق)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 6/394.

(2) في (م): (الخيار).

(3) في (ق): (و).

(4) قوله: (من) ساقط من (ف2).

(5) صحيح: أخرجه مالك بلاغاً: 2/663، في باب النهي عن بيعتين في بيعة، من كتاب البيوع، برقم: 1342، وأخرجه موصولاً الترمذي: 3/533، في باب النهي عن بيعتين في بيعة، من كتاب البيوع، برقم: 1231، وقال: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم، والنسائي: 7/295، في باب بيعتين في بيعة...، من كتاب البيوع، برقم: 4632، وقال ابن الملقن: هذا الحديث صحيح. انظر: البدر المنير: 6/496.

(6) أخرجه مسلم: 3/1153، في باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، من كتاب البيوع، برقم 1513، من حديث أبي هريرة ﷺ. وأخرجه مالك مرسلاً: 2/664، في باب بيع الغرر، من كتاب البيوع، برقم: 1345، عن سعيد بن المسيب رحمه الله.

(7) قوله: (من) زيادة من (ف2).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 6/403.

(9) في (ق): (وكذا).

(10) في (م): (لخمسة).

(11) في (م): (لعشرة).

نقداً قد لزمه أحدهما؛ فلا يجوز ذلك، كما لو اختلف الثمن، فقال هذه بدينار وهذه[1] بشاة على إلزام، ولو كان ذلك كله على غير إلزام لأحد المتبايعين، ولكن لكل واحد من رد، أو أخذ ما للآخر لجاز، ولو اتفق الثمنان في العد والصفة والوزن؛ جاز أخذ أحدهما على الإلزام.

وأجاز ابن أبي سلمة: شراء[2] هذه بعشرة[3] نقداً، أو هذه بخمسة[4] نقداً على الإلزام إن اتفقت عيوبها، وأما إن كانت دنانير قائمة وأخرى ناقصة، لم يجز، وإن اتفق العدد؛ إذ ليس موضع قصاص، وكأنه[5] يعطي وازنة تارة من ناقصة لزمته[6].

قال ابن القاسم: ولا بأس بشراء ثوب من ثوبين يختاره، أو خمسين من مائة ثوب في عدل يختارها إن كانت جنساً واحداً ووصفها ووصف رقاعها وجنسها.

وإن اختلف[7] القيم بعد أن تكون كلها مروية، أو هروية فإن اختلفت الأجناس لم تجز يؤيد[8] على الإلزام[9]؛ لأنه خطر حتى يسمي[10] ما يختار من كل جنس منها من ثوب فيجوز ذلك، ولو كان هذا كله على غير إلزام؛ جاز[11].

وكذلك إن اجتمع حرير وخز وصوف، أو إبل[12] وبقر وغنم، لم يجز إلا على ما

---

(1) في (ق): (أو هذه).

(2) في (ف2): (شراءه).

(3) في (م): (لعشرة).

(4) في (م): (لخمسة).

(5) في (ف2): (فإنه).

(6) انظر: المدونة: 7/126 و127.

(7) في (ق): (اختلفت).

(8) قوله: (تجز يؤيد) يقابله في (ف2): (يجز يريد).

(9) قوله: (يؤيد على الإلزام) ساقط من (ق).

(10) في (م): (نسى)،والمثبت موافق لما في المدونة.

(11) قوله: (ذلك، ولو كان هذا كله على غير إلزام، جاز) ساقط من (ق).

(12) في (ف2): (وإبل).

ذكرنا[1].

ولا بأس أن يبتاع مائة شاة على أن يرد منها شاة أيتها شاء، فكأنه[2] ابتاع منها تسعة وتسعين شاة[3] يختارها منها، وكذلك ثلاثين، أو أربعين[4] منها، ولو قال: إلا شاة يختارها البائع لجاز كانت إبلاً أو بقراً أو غنماً أو ثياباً[5] صنفاً واحداً، فأما[6] إن استثنى البائع خيار جلها لم يجز مثل أن يختار[7] التسعين من المائة[8]، أو ما يكثر إلا أن لا يشترط اختيار ما سَمَّى من العدد فيجوز ويكون شريكاً مع المبتاع بتسعة[9] أعشار المائة.

وكذلك بتسعة وتسعين جزءاً [(م: 204/أ)] من مائة وكذلك الحيوان، والثياب، وإن استثنى أقل من[10] ذلك يختاره؛ جاز، ولم[11] يذكر البائع خياره فيما يستثنيه، أو المبتاع[12] فيما يشتريه مما قلّ، أو كثُر فذلك جائز، ويكون به[13] في الجميع شريكاً[14].

وكل شيء ابتعته على أن يختار منه عدداً يقل، أو يكثر فذلك جائز في الجنس

---

(1) انظر: المدونة: 7/ 141و142.

(2) في (ف2): (وكأنها).

(3) قوله: (شاة) ساقط من (ف2).

(4) في (ف2): (وأربعين).

(5) قوله: (إبلا أو بقرا أو غنما أو ثيابا) يقابله في (ق): (إبل أو بقر أو غنم أو ثياب).

(6) في (ف2): (وإما).

(7) في (ف2): (تختار).

(8) في (ف2) و(ق): (مائة).

(9) في (م): (وتسعة).

(10) قوله: (من) زيادة من (م).

(11) في (م): (وما لم).

(12) في (ف2): (والمبتاع).

(13) قوله: (به) زيادة من (ف2).

(14) انظر: المدونة: 7/ 143 و144.

الواحد، إلا في الطعام فلا يجوز أن يشتري[1] منه على أن تختار من صُبرٍ مصبرةً[2] أو من نخل[3]، أو شجر مثمرة عدداً يسميه، اتفق الجنس، أو اختلف، أو كذا وكذا عذقاً من هذه النخلة ويدخله التفاضل في بيع[4] الطعام من صنف واحد[5]، مع بيعه قبل قبضه إن كان على الكيل؛ لأنه يدع هذه، وقد ملك اختيارها، ويأخذ هذه[6]،

---

(1) في (ف2): (يشتريها).

(2) في (ف2): (مضمرة).

(3) في (ف2): (نخيل)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(4) زاد بعده من (ف2) قوله: (التفاضل).

(5) عياض: وقد قال بعد في الكتاب: (وكل ما يباع إذا كان صنفا واحدا على أن يختار فلا بأس به غير الطعام فإن كان الطعام فلا خير فيه أن يشتري على أن يختار في شجر أو صبر لأنه يدخله بيع الطعام بالطعام متفاضلا).

وفي كتاب ابن حبيب وأبي الفرج: لا يجوز في الطعام أن يختار مكيله من صبرتين، وإن كانتا جنسا واحدا وصفة واحدة.

قال ابن حبيب: ويدخله بيع الطعام قبل استيفائه، وضعفوا هذا التعليل.

قال فضل: علته أنه طعام بطعام غير متناجز ؛ إذ قد يختار أحدهما ثم يتركه ويأخذ الآخر، فجاء تبادل الطعامين غير متناجز، وكذا علله في... المدونة وفسره.

وقد وقع له أيضا فيه أنه بيع الطعام قبل استيفائه.

وقال ابن الكاتب: انظر، هل يمنع إذا تأخرت عن وقت العقد لعلة عدم التناجز ؟.

وقال أبو عمران: يجوز هذا بأن يقال: إنما تعاقدا على أن خيارهما ينقطع عنده عقيب العقد ولا يتأخر، وكأنه توقف لي في هذا وتركها على الاحتمال، انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1646، 1647.

(6) عياض: وقوله (في التخيير في الطعامين المختلفين ومنعه ذلك وتفسير ذلك أنه ملكه ببيعتين في بيعة: لا يصلح له فسخ إحداهما في الأخرى قبل أن يستوفي).

قال القاضي: اعلم أن هذا أصل مسألة بيعتين في بيعة، ويدخلها أنواع من الفساد، وتكثر عللها بحسب ما يزيد فيها بعد من أجل أو يختلف الثمن أو المثمون، كالعينين، وقد ذكرنا منه في كتاب البيوع الفاسدة ونزيد هنا بيانا مما لم نذكره هناك، فنقول: متى انعقد بيع في شيء بثمنين أو في شيئين بثمن واختلف في القلة والكثرة، فإن سلما من التهمة ولم يكن المختار فيهما طعاما؛ جاز ذاك ؛ مثل أن يبيع منه سلعة بدينار أو بدينارين نقدا؛ أو دينارا ودينارين إلى شهر، وقد تقدم هذا؛ إذ الزائد إنما هو كالهبة من المبتاع للبائع؛ لأنه قد ملكه السلعة بالأقل، ثم خيره في إن شاء أن يعطي أكثر أم لا. =

وبينهما فضل في الكيل، ولا يجوز فيه التفاضل.

وكذلك إن اشترى منه إما عشرة آصع محمولة بدينار، أو بتسعة[1] سمراء على

=

وكذلك إن كان الخيار للبائع، فقد ألزم المشتري السلعة نفسه بالأكثر، ثم البائع متفضل عليه - إن شاء - بحطه ذلك.

وكذلك إن اشترى منه بهذين الدينارين هذا الثوب أو الثوبين ليختارهما أو أحدهما - على ما تقدم - وسواء كان للثمنين أجل أم لا، أو في أحدهما، إذا بعدت التهمة؛ مثل أن يكون المؤجل أو الذي هو أبعد أجلا أقل الثمنين المذكورين؛ إذ لا غرض في ذلك يتهمان فيه كما تقدم.

وإن كانا صنفين مختلفين مما يجوز أن يسلم أحدهما في الآخر لم يجز عند مالك، وجاز على قول عبد العزيز وأشهب وعبد الملك.

وكذلك إن كانا صنفا واحدا لكن اختلفت صفته وتباينت تباينا؛ يجوز سلم أحدهما في صاحبه لقوة الغرر في هذا كله وجهلهما بما وقع عليه... البيع أو به.

وكذلك لو باعه هذا الثوب أو هذين الثوبين وإن كانا من جنس واحد؛ لأنه مما يدخل فيه الغرر؛ إذ كل واحد منهما قد يريد غير ما يريد الآخر، بخلاف إذا قال: اختر هذين الثوبين أو أحدهما، كما تقدم.

وإن كانا صنفا واحدا، إلا أنهما متفاضلان في الجودة على إيجاب أحدهما؛ جاز على مذهب المدونة وكتاب محمد، ولم يجز عند ابن حبيب.

فإن كانا صنفا واحدا أو صفة واحدة، جاز عند جميع أصحابنا؛ لأن الثمن معلوم، ودخول الاختيار في أحد الثوبين لا تأثير له في الثمن، وإنما يعود ذلك إلى تعيين المبيع، وذلك لا يمنع صحة العقد؛ كما لو اشترى قفيز طعام من جملة أقفزة.

وإن اختلفت الأثمان والسلع معا لم يجز وإن كانا من صنف واحد، قاله ابن القاسم عن مالك في (الجاريتين إحداهما بخمسمائة والأخرى بمائة)، قال: للغرر والخطر في ذلك، ويجوز عند ابن حبيب، وحكاه عن عبد العزيز، وهي إحدى روايتي أشهب عن مالك، وقال: إنما البيعتان أن يكون الثمنان في سلعة واحدة، وأما في سلعتين على إيجاب إحداهما فلا، وكرهه مالك وبه أخذ عبد الملك، وكذلك لأشهب وعبد الملك في اختلاف السلع مع اتفاق الثمن، ومثله لابن مسلمة.

وعلله ابن مسلمة بأنه من ناحية العربان كأنه حطه دينارا على كل حال من ثمن إحدى السلعتين على أن يأخذ إحداهما. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1647، وما بعدها.

(1) في (ق): (تسعة).

إلزام[1] لم يجز، ودخله ما ذكرنا وبيعه قبل قبضه[2].

وكذلك هذا القمح خمسة بدينار، أو هذا[3] التمر عشرة إلزاماً، ويدخله بيعه قبل قبضه، وهو من بيعتين في بيعة.

ولا يجوز بيع[4] أربع نخلات يختارها، ولو كانت بأصولها بغير ثمر؛ لجاز ذلك كالعروض.

وأما المثمرة: فلا يجوز[5] فيها، وليس كالبائع لأصل حائطه، ويستثني[6] منه خيار أربع نخلات، أو خمسة[7]، وهذا جائز عند مالك[8].

قال في باب آخر: ومن باع ثمر حائطه[9]، واستثنى منه ثمر أربع نخلات، أو خمس يختارها[10] فإني[11] أكره ذلك، وقد أجازه[12] مالك بعد أن وقف فيها نحو أربعين ليلة، ولا يعجبني، ولا رأيت من أعجبه ذلك، ولا يعمل به، وإن نزل لم أفسخه لقول مالك فيه، ولا بأس به[13] في الكباش[14].

ولو استثنى ثمر أربع نخلات، ولم يقل أختارها؛ لجاز، وكان شريكاً بجزء العدد

---

(1) في (ف2): (الإلزام).

(2) انظر: المدونة: 7/142 و143.

(3) في (ف2): (وهذا).

(4) قوله: (بيع) زيادة من (ف2).

(5) في (م): (تجوز).

(6) في (م): (تستثنى).

(7) في (ق): (خمس).

(8) انظر: المدونة: 7/145.

(9) في (ف2): (حائط).

(10) في (ف2): (يختارهن).

(11) في (ق): (فأنا).

(12) في (القرويين): (أجاز).

(13) قوله: (به) زيادة من (ف2).

(14) انظر: المدونة: 7/145.

الذي سمّى في ثمر كل نخلة، وكذلك إن استثنى ثمر عشر[1] غير معينة ولا ذكر خيارها، فإن كانت مائة نخلة كان شريكاً بالعشر[2].

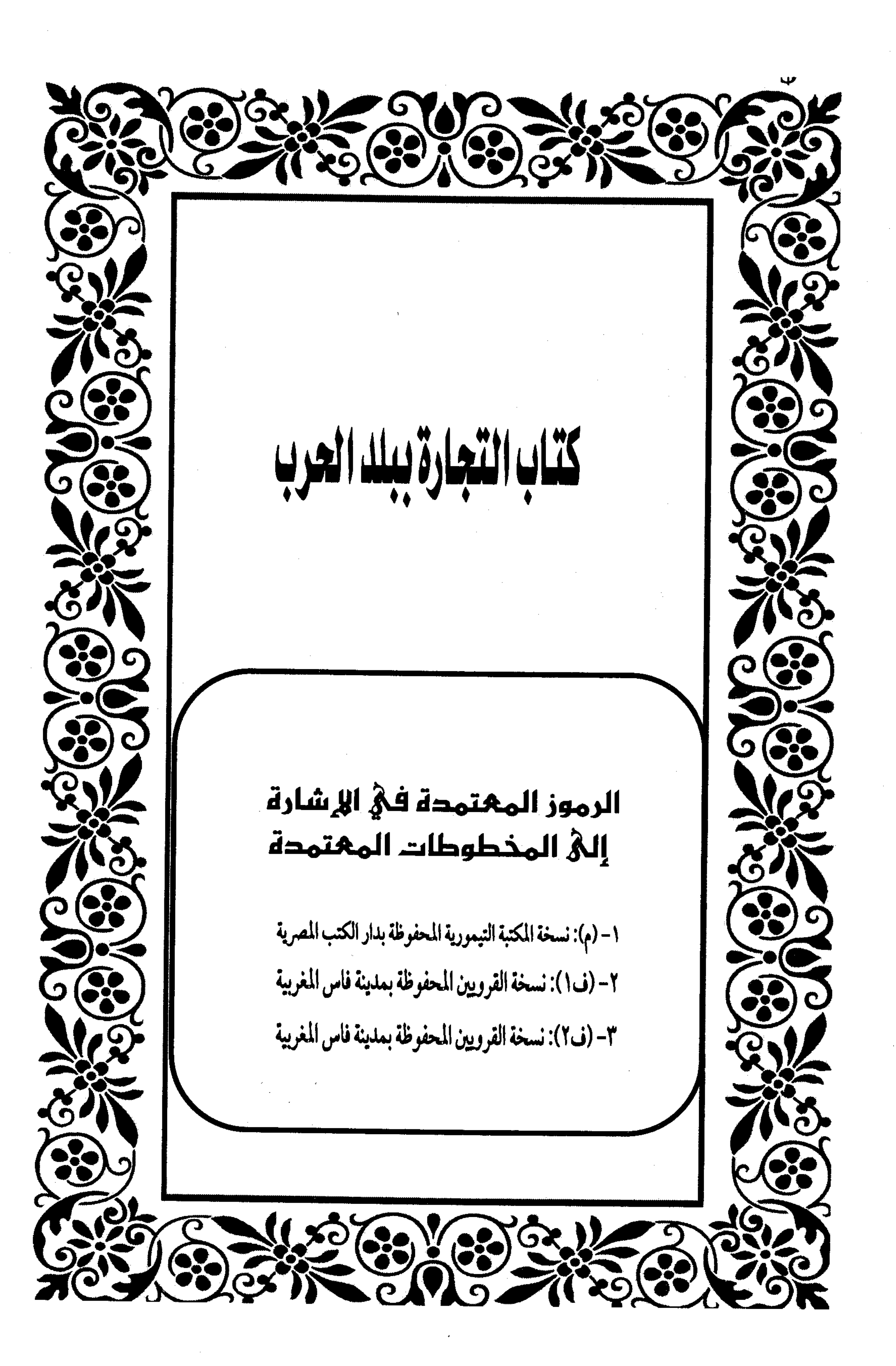
كمل كتاب بيع الخيار

والحمد لله رب العالمين



(1) في (ف2): (عشرة).

(2) في (ق): (بالعشرة).



كتاب التجارة ببلد الحرب

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١ - (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية

٢ - (ف١): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٣ - (ف٢): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية



[كتاب التجارة ببلد الحرب][1]

جامع ما يستثنيه البائع أو يشترطه المبتاع من ثمرة أو زرع أو أصول شجر أو مال عبد أو بعض شاة أو بعض صبرة أو سكنى أو خدمة والقضاء فيما لم يشترط من ذلك أو اشترط وشراء لحم شاة قبل الذبح وفيمن وهب لرجل لحم شاة ولآخر جلدها

قال الرسول ﷺ: من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع[2].

وقال: [(م: 204/ب)] من باع عبداً وله مال فمالُه للبائع إلا أن يشترطه المبتاع[3].

وابتاع النبي ﷺ من جابر بعيراً وشرط[4] له ظهره إلى المدينة وكانا بقربها[5].

ورويَ أنه ﷺ ابتاع شاة على أن للبائع سلَبها[6].

---

(1) قوله: (كتاب التجارة ببلد الحرب) ساقط من (ف2).

(2) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/ 768، في باب من باع نخلاً قد أبرت أو أرضاً مزروعة أو بإجارة، من كتاب البيوع، برقم: 2090، ومسلم: 3/ 1172، في باب من باع نخلا عليها ثمر، من كتاب البيوع، برقم: 1543.

(3) صحيح، أخرجه أبو داود: 2/ 289، في باب في العبد يباع وله مال، من كتاب الإجارة، برقم: 3433، والترمذي: 3/ 546، في باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال، من كتاب البيوع، برقم: 1244، والنسائي: 7/ 297، في باب العبد يباع ويستثنى المشتري ماله، من كتاب البيوع، برقم: 4636، وأحمد: 3/ 301، برقم: 14252.

(4) قوله: (وشرط) يقابله في (م): (له واشترط).

(5) تقدم تخريجه.

(6) لم أقف عليه، وسلبها - بفتح اللام - أي: جلدها ؛ لأنه يسلب عنها. انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1789.

ومن كتاب التجارة ببلد الحرب[1]، ومن كتاب بيع الغرر وغيرهما قال: ويجوز[2] استثناء البائع من سلعته ما لا يخرجان به إلى ما نهي عنه من الغرر[3].

وإذا لم تؤبر الثمرة فقد جعلها الرسول ﷺ للمبتاع فإن[4] اشترطها البائع؛ لم يجز، وكأن المبتاع باعها قبل بدو صلاحها، وهذا مذكور في باب بيع الطعام بالطعام.

والإبار: هو التذكير فيما يذكر، وإبار ما لا يذكر أن يثبت من نواره ما يثبت ويسقط ما يسقط، وحد ذلك في الزرع ظهوره من الأرض قاله مالك.

ورويَ عنه في المختصر: أن إباره أن يتحبب[5].

قال ابن القاسم: فيمن باع أرضاً له فيها زرع قد نبت لم يبدُ صلاحه؛ فهو للبائع إن لم يذكراه حتى يشترطه المبتاع كمأبور الثمر وما لم يظهر الزرع من الأرض فهو للمبتاع بغير شرط كما لم يؤبر من الثمر[6].

ولا بأس ببيع أرض بزرعها الأخضر كبيع الأصول بثمرها قبل الزهو، وذلك أن الثمر والزرع تبع لأصله.

محمد: عن مالك: وإذا أبر بعض الحائط فإن كان أكثره؛ فهو كله للبائع حتى يشترطه المبتاع، وإن كان أقله؛ فهو للمبتاع كله، قيل: فالنصف.

قال: إن كان ما أبر على حدة فهو للبائع وإن لم يكن على حدة؛ لم يجز إلا أن يكون كله للمبتاع[7].

قال ابن القاسم: ويجوز لمبتاع العبد أن يشترط ماله، وإن كان مجهولاً من عين أو

---

(1) انظر: المدونة: 7/297.

(2) في (ف1): (فيجوز من).

(3) انظر: المدونة: 7/174.

(4) في (ف1): (وإن).

(5) انظر: النوادر والزيادات لابن أبي زيد: 6/198.

(6) انظر: المدونة: 8/238.

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/195.

عرض بما شاء من ثمن نقداً أو إلى أجل[1].

ومن كتاب ابن المواز قال مالك: والهبة والصدقة مثل البيع المال للواهب والمتصدق.

واختلف قول مالك في الوصية به واختلف أيضاً فيه قول ابن القاسم[2].

ومن الشفعة: من[3] ابتاع أرضاً، ولم يذكر شجرها؛ فهي داخلة في البيع كبناء الدار[4].

وكذلك في صدقتها؛ وأما إن كان فيها زرع فهو للبائع حتى يشترطه المبتاع، ولو تصدق بالشجر، ولم يذكر الأرض؛ فالأرض داخلة معها في الصدقة.

وقال[5] في كتاب الرهن: وكذلك الرهن والبيع والوصية فيها[6].

ومن غير المدونة: ولا بأس أن يبيع[7] صبرة، ويستثني منها جزء مسمى كنصف وثلثين وأقل وأكثر، وإن استثنى منها كيلاً، فإن كان قدر الثلث فأقل؛ جاز وإلا لم يجز[8].

ومن كتاب بيع[9] الغرر، والتجارة ببلد الحرب وغيره ولا بأس أن يبيع داره ويشترط سكناها أشهراً أو السنة[10]؛ والسنة غير بعيد، ولا يجوز ما بعُد ولا حياة البائع، وللغرماء بيع دار الميت ويستثنون سكنى زوجته لعدتها[11].

---

(1) انظر: المدونة: 11/238.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 11/478.

(3) في (ف1): (ومن).

(4) انظر: المدونة: 9/458.

(5) في (ف1): (قال).

(6) انظر: المدونة: 9/275.

(7) في (م): (تبيع).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/78.

(9) قوله: (بيع) زيادة من (ف1).

(10) في (ف1): (سنة).

(11) قوله: (ولا حياة البائع... زوجته لعدتها) ساقط من (م).

ولا خير في استثناء ركوب الدابة شهراً، ولا بأس باليوم واليومين، وإن شرط[1] أجلاً بعيداً؛ لم يجز.

فإن[2] نزل وهلكت فهي من البائع؛ لأنه بيع فاسد؛ لم تقبض[3] فيه السلعة.

قال ربيعة: وكذلك ما يعد من استثناء خدمة العبد.

قال مالك: وهو غرر إذ[4] لا يدري كيف ترجع الدابة إليه إلا ما قرب، كما جاء من حديث جابر[5].

ولا يجوز بيع أمة واستثناء حملها؛ لأنه وضع من الثمن لغرر لا يدري [(م: 205/أ)] ما هو.

ورويَ أن النبي ﷺ وأبا بكر رضي الله عنه في مسيرهما إلى المدينة اشتريا شاة من راع وشرطا له سلبها[6].

وقضى علي بن أبي طالب رضي الله عنه في مثل ذلك إن امتنع من الذبح؛ فعليه قيمة المستثنى[7]، وقال نحوه زيد بن ثابت وغيره.

قال ابن القاسم: ولا بأس أن يبيع الرجل الشاة أو البعير ويستثني جزء من ذلك ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً.

وأما استثناء الجلد والسواقط[8] فأجازه مالك في السفر إذ لا ثمن له هناك وكرهه للحاضر إذ كأنه ابتاع اللحم، فإن أبى المبتاع في السفر ذبحها، فقد قال مالك عليه مثل الجلد أو قيمته.

---

(1) في (ف1): (اشترط).

(2) في (ف1): (وإن).

(3) في (ف1): (يقبض).

(4) قوله: (إذ) زيادة من (ف1).

(5) تقدم تخريجه.

(6) أخرجه أبو داود في مراسيله، ص: 167، برقم: 179.

(7) في (ف1): (المستثناة).

(8) عياض: والسواقط: الأكارع. اهـ. انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1789.

وقال سحنون: والقيمة أعدل، وكذلك هذا ولا يكون بالجلد شريكاً إذ على الموت باع[1].

قال في كتاب الأقضية: وقد قال مالك فيمن وقف له بعيره[2] فباعه من أهل المياه لينحروه واستثنى جلده فاستحيوه: إن عليهم شَرْوى[3] جلده أو قيمته كل ذلك واسع[4].

ولا يستثني الفخذ أو البطن والكبد[5]، ولا بأس باستثناء الصوف والشعر.

وإن استثنى من لحمها أرطالاً يسيرة ثلاثة أو أربعة؛ جاز ويجبر المبتاع على الذبح ههنا.

ولم يبلغ مالك به الثلث وروى عنه ابن وهب إجازة الثلث أو دونه.

وقال بعد أن كان كره استثناء اللحم أصلاً أو وزناً أو جزافاً وأجاز الجلد والرأس[6] لأن المبتاع ضمنها بالشراء.

---

(1) انظر: المدونة: 7/295.

(2) في (ف1): (بعير).

(3) عياض: وشروى جلدها - بفتح الشين المعجمة وسكون الراء - أي: مثله، وقال أيضاً في موضع آخر: وقوله: (شروى جلده أو قيمته) ؛ لا يختلف في أن المشتري أولاً خير في أن يذبح فيعطي الجلد، أو يمسك فيعطي شرواه أو قيمته، وأنه لا خيار للبائع هنا، ثم إذا أمسك المبتاع فهل الخيار باق للمبتاع بين المثل أو القيمة؛ إذ هو الذي جعل له الخيار، أو الخيار هنا للبائع في أحدهما ؛ إذ هو صاحب الحق فهو المقدم، اختلف في ذلك شيوخ القرويين.وقيل: بل النظر في ذلك للحاكم بما يراه، وهو أضعف الأقوال. اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1789، وما بعدها.

(4) انظر: المدونة: 8/493.

(5) عياض: جعلها بعضهم مسألة مفردة، بالمنع لمجهلة الثمن. وقال بعضهم: بل هي على أحد قوليه في رواية ابن وَهْب، بمنع استثناء القليل من اللحم أو الكثير. اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1791.

(6) عياض: قوله: (إذا استثنى جلدها أو رأسها)وتفريقه بين المسافر والحاضر فيهما بين في تسوية حكم الجلد، وحكم الرأس؛ إذ لا قيمة لهما في السفر، وحمل المسافر لهما أو عملهما مما يشق عليه، واللحم يأكله لحينه، ويحمله ويتزوده لغده، والجلود والرؤوس في الحضر لهما قيمة، وصناع وتجار وطالبون، وكذلك في القرى والبواد وإلى التسوية بينهما ذهب بعض المشايخ، وهو الظاهر الذي يبعد التأويل

فأما[1] شراء لحم هذه الشاة مطلقاً فلا يجوز؛ لأنها بعدُ في ضمان البائع[2].

ولا يجوز أن يبيعه عشر أرطال من لحمها[3] ولا رطلاً واحداً قبل ذبحها وسلخها، وليس كاستثناء البائع ذلك كما أنه يجوز استثناء البائع آصعاً من ثمرة باعها رطبة دون الثلث يأخذها تمراً، ولا يجوز أن يبيع من ثمرة قد[4] أزهى آصعاً معلومة دون الثلث أو أكثر يدفعها تمراً.

وكذلك لا يشتري من لحوم البقر والإبل وسائر الطير قبل ذبحها لحماً[5] كل رطل بكذا[6] ولا تصالح من دعواك على عشرة أرطال من لحم هذه الشاة.

وقال[7] أشهب في كتاب الصلح: أكرهه فإن حبسها وعرف نحوها وشرع في الذبح جاز[8].

وأنكر سحنون قول أشهب، وجرى في الأكرية ذكر ما يستثنى من ثمرة نخل أو شرط[9] من ركوب دابة.

ومن كتاب تضمين الصناع: ومن وهب لرجل لحم شاة ولآخر جلدها فغفل عنها

=

عليه في الكتاب، وذهب بعضهم إلى التفرقة، وأن جوابه إنما هو في الجلد، وأما الرأس والأكارع فحكم قليل اللحم المشترط، وهو بعيد من لفظ الكتاب لا في السؤال ولا في الجواب ولا في التعليل، وظاهر رواية ابن وَهْب في الكتاب، جواز ذلك كله في الجلد والرأس وغيره في الحضر والسفر، وكذا حكى فضل عنه وعن عيسى. اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1789 و1790.

(1) في (ف1): (وأما).

(2) انظر: المدونة: 7/297.

(3) في (م): (لحم).

(4) في (ف1): (وقد)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/270.

(5) في (ف2): (لحمها)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/270.

(6) قوله: (بكذا) ساقط من (ف2).

(7) في (ف1): (قال).

(8) انظر: المدونة: (زايد): 7/420.

(9) في (ف1): (يشترط).

حتى نتجت فالنتاج لصاحب اللحم وعليه مثل الجلد أو قيمته لصاحب الجلد[1].

ولو هلكت لم يكن له شيء وكذلك في الناقة.

وإذا دعا صاحب الجلد إلى الذبح فللآخر الاستحياء وغرم مثل الجلد أو قيمته.

في بيع المصراة[2] وغيرها وما ترد به

قال الرسول ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم فمن اشتراها فإنه بخير النظرين بعد

(1) انظر: المدونة: 24/8.

(2) عياض: والمصراة: هي المحفلة، وهي التي تركت مدة لم تحلب في وقت حلبها، حتى اجتمع اللبن في ضرعها ليغتر بذلك مشتريها، ويحسب أنها كذلك في سائرا الأوقات، وهو من الجمع، ومنه الصري: الماء المجتمع، ومنه قيل في قوله تعالى: ﴿فَأَقْبَلَتِ ٱمْرَأَتُهُۥ فِى صَرَّةٍ﴾ [سورة الذاريات آية: 29]، قيل: في نساء مجتمعات. وقيل: في صيحة، وضجة، وكأنه من اجتماع الأصوات - أيضاً - كما يقال: صريت الماء في الحوض واللبن في الضرع، وصريته: يخفف ويشدد، إذا جمعته، وليس من الصر الذي هو الربط، وقد يأتي بمعنى الجمع - أيضاً - كما زعم بعضهم، ولو كان منه لقيل لها: مصرورة، وكذا روينا هذا الحرف بعد صدر من الباب في الكتاب؛ قال: (إذا اشتراها وهي مصرورة)، وقد أصلحناه من كتاب ابن عتاب، وفي كتاب ابن المرابط: وهي مصراة.

وقوله: (لا تصروا الإبل)، ضبطته بضم التاء، وفتح الصاد... وفتح اللام، من الإبل، هذا هو الصواب وكذا ضبطنا على الشيوخ، ولا يصح على ما تقدم غيره وكان الشيخ أبو محمد بن عتاب حكى لنا عن أبيه أنه كان يقول للطلبة: إذا أشكل عليكم ضبط هذا الحرف فاقرءوا قول الله تعالى: ﴿فَلَا تُزَكُّوٓا۟ أَنفُسَكُمْ﴾ [سورة النجم آية: 32] ونعم ما قال: لمن يشكل عليه هذا الحرف من المبتدئين، وكثير من الشارحين، ومن لا يتقن الضبط من الفقهاء والمحدثين؛ فإن صرى مثل زكى، ومفعوله بعده منصوب، فكثير منهم من يقرؤه: لا تَصُروا الإبل - بفتح التاء وضم الصاد - وهذا لا يصح من صرى، إنما هو من صر. ومنهم من يضبطه بضم اللام في الإبل، وظنه مفعولا لم يُسمَّ فاعله وبقوله: تصر بغير واو على فعل ما لم يسم فاعله، وكله لا يصح إلا على من قاله بمعنى صر، أي: ربط.

وأما بالمعنى الأول الذي عليه سميت مصراة فلا يصح. وقد جاء في الكتاب في حديث عقبة بن عامر: (أو يصر منحة). كذا جاء - بفتح الياء وضم الصاد وفتح الراء - وهذا من صر لا... من صرى.

ومثله في الحديث الآخر: النهي عن حل صرار الناقة، لكنهم لم يسموها إلا مصراة من صرى، إلا بقول متمم بن نويرة: مصرورة أخلافها. قال الخطابي: وقد يحتمل أن تكون المصراة بمعنى المصرورة، أبدل إحدى الراءين ياء كما قال: تقضى البازي، وأصله تقضض. اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1781 ومابعدها.

أن يحلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر»[1].

قال مالك: هذا حديث سمع، ليس لأحد فيه رأي[2].

قال ابن القاسم: والمصراة من جميع الأنعام سواء وهي التي تَدَعون[3] حلبَها ليعظم ضرعها ويحسن حلابها [(م: 205/ب)] ثم تباع؛ فإذا[4] حلبها المشتري مرة لم يتبين ذلك، فإذا حلبها الثانية[5] علم ذلك بنقص حلابها، فإما رضيها وإما ردها وصاعاً من تمر.

قال: وإن[6] كان ذلك ببلد ليس عيشهم التمر أعطى الصاع من عيش ذلك البلد[7].

قيل: فإن حلبها ثالثة[8]؟ قال: إن جاء من ذلك ما يعلم أنه حلبها بعد أن تقدم له من حلابها ما فيه خبره[9] فلا رد له، ويعد حلابه[10] بعد الاختيار رضاً بها[11]، ولا حجة عليه في الثانية إذ قد بها[12] يختبر أمرها.

---

(1) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/755، في باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم من كتاب البيوع،، برقم (2041)، ومسلم: 3/1154، من كتاب البيوع في باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه، برقم (1515)، ومالك في الموطأ: 2/683، في باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة، من كتاب البيوع، برقم (1366).

(2) انظر: المدونة: 7/282.

(3) في (ف1): (يدعون).

(4) في (ف1): (فإن).

(5) في (ف1): (ثانية).

(6) في (ف1): (وإذا).

(7) انظر: المدونة: 7/282، وما بعدها.

(8) في (ف2): (الثالثة).

(9) في (ف1): (خبرة)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/263.

(10) في (ف1): (حلابها).

(11) في (ف1): (لها).

(12) في (م): (به).

قال: ولا يرد اللبن وإن كان[1] قائماً ولو كان له رده كان عليه في فواته مثله ولا يردها بغير الصاع، وإن كان اللبن معها إلا أن يقبلها البائع بغير لبن[2]، ولا يعجبني قبولها مع اللبن بغير صاع[3]، وكأنه وجب له صاع طعام فباعه قبل قبضه بلبن[4].

ومن باع شاة حلوباً غير مصراة في إبان الحلاب، ولم يذكر ما تحلب، فإن كانت الرغبة فيها إنما هي للبن والبائع يعلم ما يحلب فكتمه، فللمبتاع أن يرضاها أو يردها كصبرة يعلم البائع كيلها دون المبتاع، وإن لم يكن علم ذلك البائع فلا رد للمبتاع، وكذلك ما تُنوفس فيه للبن من بقر أو إبل[5].

ولو باعها في غير إبان لبنها ثم حلبها المبتاع حين الإبان فلم يرضها؛ فلا رد له كان البائع يعلم ما كانت تحلب أم لا إذا باع في غير الإبان، وقد تشترى[6] يومئذ لغير شيء.

فإن[7] ابتعتها في الإبان على أنها تحلب قسطين فذلك جائز؛ فإن وجدها تحلب قسطاً؛ فله الرد، وهي أقوى في الرد من المصراة للشرط فيها.

قال يحيى بن عمر: اللبن في هذه له بالضمان بخلاف المصراة[8].

وقد كتبت شراء لبن غنم بأعيانها، والسلم فيه في اختصار السلم.

---

(1) قوله: (كان) ساقط من (ف1).

(2) في (ف1): (لبنها).

(3) في (ف1): (الصاع).

(4) انظر: المدونة: 7/283.

(5) انظر: المدونة: 7/285.

(6) في (م): (اشترى).

(7) في (ف1): (وإن).

(8) قوله: (قال يحيى بن عمر... بخلاف المصراة) زيادة من (ف1).

جامع القول في التفرقة بين الأم وولدها في البيع

قال النبي ﷺ: «لا توله والدة عن ولدها»(1).

وقال: «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»(2).

فقيل: إنما ذلك لحاجة الولد إليها، وقيل: بل حق للأم، وإن استغنى الولد عنها.

قال ابن القاسم: فإذا بيعت(3) أمة مسلمة أو كافرة؛ لم يفرق بينها وبين ولدها، وبيع معها إلا أن يستغني الولد عنها في أكله شرابه ومنامه وقيامه، وحد ذلك الإثغار ما لم يعجل به جوارياً كنَّ، أو(4) غلماناً، بخلاف حضانة الحرة(5).

وروى ابن غانم عن مالك أن حد التفرقة الاحتلام والحيض(6).

ويفرق(7) بين الولد وبين أبيه وجده وجداته لأمه أو لأبيه في البيع، وإنما ذلك في الأم خاصة بخلاف الحضانة في الحرائر.

وإذا قالت امرأة من السبي: هذا ابني لم يفرق بينهما، وكذلك جاء الأثر، ولا يتوارثان بذلك.

---

(1) قوله: [(ولا تُوَلَّه والدة على ولدها)] - بفتح الواو وتشديد اللام - أي: لا يفرق بينها وبينه، من الوله وهو الحزن، أي: لا تحزن... بتفريقه عنها.
والحديث أخرجه البيهقي: 5/8، في باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج، من كتاب السير، برقم: 15545.

(2) أخرجه أحمد، باقي مسند الأنصار، حديث أبي أيوب الأنصاري ﷺ: 412/5، برقم: 23546، والترمذي، كتاب السير، باب في كراهية التفريق بين السبي: 134/4، برقم: 1566، والحاكم، كتاب البيوع: 63/2، برقم: 2334، والبيهقي، كتاب السير، باب التفريق بين المرأة وولدها: 126/9، برقم: 18089، قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب.

(3) في (ف1): (ابتعت).

(4) في (ف1): (أم).

(5) انظر: المدونة: (زايد): 268/7.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 341/6.

(7) في (م): (تفرق).

وإذا نزل الروم بلدنا[1] ففرقوا بين الأم وولدها[2]؛ لم أمنعهم، وكرهت للمسلمين شراؤهم مفرقين[3].

وإن ابتاع مسلم منهم أماً[4] وابنها لم يفرق بينهما إن باع، وكذلك من ابتاع أمة قد كان ولدها في ملكه أو كان لابنه الصغير.

ولو كان الولد لرجل والأم لرجل لأجبرا[5] أن يجمعاهما [(م: 206/أ)] في ملك أو يبيعاهما[6] معاً.

وإذا ورث أخوان أمة وابنها فلهما أن يبقياهما في ملكهما أو بيعاهما.

وكذلك لو ابتاعهما رجلان معاً، قال:[7] ولا بأس ببيع نصف الأم ونصف الولد، وليس بتفرقة.

ومن باع ولداً دون أمه فسخ البيع؛ إلا أن يجمعاهما في ملك، وهبة الولد للثواب كبيعه في التفرقة.

وأما إن وهب الولد لغير ثواب فذلك جائز، ويترك معها ولا يفرق بينهما، وجبر الواهب والموهوب على أن يكون الولد مع أمه في حوز أحدهما، وإن لم يجمعهما ملك واحد، وإلا فليبيعا.

قال يحيى: بل يجمعانهما في بلد أو يبيعانهما، وذكر ابن المواز أنها قولةٌ لمالك، وأنها أحب إلينا وإلى من لقينا.

قال في كتاب ابن المواز: إن تصدق بالولد على رجل فتدبره لزم ذلك، ورد إلى حضانة الأم مدبراً، وعليه أجر رضاعها وقيامها، ويبيع الأم وربها إن شاء من يشترط

---

(1) في (ف1): (ببلدنا).

(2) في (ف1): (الولد).

(3) قوله: (شراؤهم مفرقين) يقابله في (ف1): (شراءهم متفرقين)، وانظر المسألة في: المدونة: 269/7.

(4) في (م): (أمة)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 258/3.

(5) في (ف1): (لجبر).

(6) في (م): (بيعاهما).

(7) قوله: (قال:) زيادة من (ف1).

عليه أن لا يفترق على هذا إلى حد التفرقة، فيأخذه الذي دبره[1]، وإذا جمعاهما فمن أراد البيع منهما أو رهقه دين باع معه الآخر[2].

وكذلك إن وهبه لابن في حجره فرهق أحدهما دين.

قال: ومن تمام حوز الموهوب أن يحوز الولد مع الأم، ولا يقبض الولد وحده، فإن فعل أساء، وكان حوزاً إن أفلس الواهب أو مات.

وإن جَنَت الأمُّ أو الولد فاختار السيد إسلام الجاني، قيل له: وللمجني عليه بيعاهما معاً، ثم يقسم الثمن على قيمتها.

ومن ابتاع أمة وولدها ثم وجد بأحدهما عيباً، فليس له رده خاصة وله ردهما جميعاً، أو حبسهما لجميع الثمن.

وإذا[3] أعتق الأم أو الولد فله بيع الباقي، ويشترط على المشتري[4] كون الولد معها، ويشرط عليه في الولد إن كان هو المعتق نفقته ومؤونته.

وقال في البيوع الفاسدة: إذا كان لأمة ولد حر فبيعت من رجل فاشترط عليه نفقته ورضاعه سنة؛ جاز إذا كان إن مات أرضع له آخر[5].

محمد: يريد يكون حقاً ثابتاً له عليه.

قال سحنون: أراه لعلة الضرورة وهو لا يجيز اكتراء ظئر على إن مات الصبي أتى بغيره[6].

ومن كاتب أمته فليس له بيع ولدها، إذ هي في ملكه بعد، إلا أن[7] يبيع كتابتها مع رقبة الابن من رجل، وإن دبر أحدهما؛ لم يبع الباقي وحده ولا مع خدمة الآخر.

---

(1) قوله: (قال في كتاب ابن... فيأخذه الذي دبره) زيادة من (ف1).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/342 و343.

(3) في (ف1): (وإن).

(4) في (ف1): (المبتاع).

(5) انظر: المدونة: 7/89.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 6/165.

(7) قوله: (أن) ساقط من (ف1).

ولا بأس بيع الأمة دون الولد أو الولد دونها قسمة للعتق وليس العتق بتفرقة[1].

ولا ينبغي بيع الأم من رجل، والولد من عبد مأذون لذلك الرجل؛ لأن ما بيد العبد ملك له حتى ينزع[2] منه، ألا ترى أنه يسلم معه في جنايته ويباع لغرمائه، فإن بيعا كذلك أُمرا بالجمع بينهما في ملك السيد أو العبد أو يبيعاهما معاً إلى ملك واحد، وإلا فسخ البيع.

ومن باع أمة على أن الخيار له، ثم ابتاع ولدها في أيام الخيار بغير خيار؛ لم ينبغ له أن يختار إمضاء البيع فيها؛ فإن فعل رد البيع إلا أن يجمعاهما في ملك.

وإن كان الخيار فيها للمبتاع؛ فاختار البيع أجبر[3] مع مبتاع الولد على أن يجمعاهما في ملك أحدهما أو يبيعاهما جميعاً، ولم يذكر هٰهنا [(م: 206/ب)] نقض بيع.

ومن أوصى بأمة لرجل وبولدها لآخر جاز وجبرا على الجمع بينهما في حوز، كقولنا في الهبة والصدقة.

وإذا أسلم عبد الذمي، وله ولد من زوجته، وهي أمة لسيده فإن ولده تبع له في الدين، إلا أن التفرقة بين الولد وأبيه إذا بيع جائزة[4].

ولما صار الولد مسلماً بإسلام أبيه، وجب أن يباع مع أمه من مسلم بالقضاء، ولو أسلمت الأم وحدها بيعوا معها، وكانوا على دين الأب، وإسلام الزوجة يوجب التفرقة إلا أن يسلم الزوج في العدة فيكون أحق بها.

---

(1) انظر: المدونة: 7/277.

(2) في (ف1): (ينزعه).

(3) في (ف1): (جبر).

(4) في (ف1): (جائز).

ذكر مبايعة أهل الحرب والذمة وشراء أبنائهم منهم ومن ملك منهم مسلماً أو مصحفاً ومن أسلم وقد عقد بيعاً[1] بربا أو خمر أو عقده[2] مسلم مع ذمي

قال ابن القاسم: قد شدد مالك الكراهية في التجارة إلى بلد الحرب لجري حكم المشركين عليهم.

ولا يباع من الحربيين آلة الحرب من كراع[3] وسلاح وسروج وغيرها مما يتقوون[4] به في الحرب من نحاس وخرثى[5] ونحوه[6].

---

(1) قوله: (بيعا) ساقط من (ف1).

(2) في (ف1): (وعقده).

(3) عياض: والكراع: الخيل خاصة، وقيل: الدواب كلها. اهـ. انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1776.

(4) في (م): (يقوون).

(5) الخرثي: صنوف: الأمتعة. انظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، للجُبِّي، ص: 78.
عياض: والخرثي - بضم الخاء وآخره ثاء مثلثة -: المتاع المختلط. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1776.

(6) انظر: المدونة: 7/ 253 و254 و255.
عياض: كتاب التجارة إلى أرض الحرب: تشديده في الكتاب في ذلك يوافق قول سحنون: من جرحة التاجر فيها، وعلى ذلك حمل الشيوخ مذهبه؛ إذ لا يمترى أنها كبيرة من الكبائر، ويحمل قوله في غير هذا الكتاب، في قبول شهادتهم فيمن فعل ذلك ثم تاب منه، أو حملته الريح بغير اختياره، كما قال غير واحد، خلافاً لمن ذهب أنه جائز على الإطلاق. وقد اختلف الشيوخ في تأويل الكتاب على ذلك، والصواب؛ قول من جعل قول سحنون تفسيراً ؛ إذ إجماع المسلمين منعقد على أن من أسلم في بلاد الحرب، يجب عليه الخروج عنها، وكما يجب عليه الخروج لإسلامه، كذلك يحرم عليه الدخول لإسلامه. وتعليله في الكتاب بجري أحكام الكفار عليه يبين هذا، وقد اتفقوا أنه إذا كان يعلم أن أحكام الكفر تجري عليه بها إنها جرحة فيه، وإنما اختلفوا إذا لم يعلم ذلك؛ لما فيه من الذلة والصغار. وقد أوجب ابن القاسم على فاعله العقوبة الشديدة، وقال في الكتاب: (في النهي عما يباع من أهل الحرب مما هو قوة من نحاس أو غيره)، وذلك أنهم يستعملونه في آلات دوابهم من اللجم =

ولا يباع من النازلين عندنا منهم على عهد.

قال مالك: ولا يشترى منهم بالدنانير والدراهم التي فيها اسم الله ﷻ لنجاستهم كانوا أهل حرب أو عهد أو ذمة.

قيل: إن في أسواقها صيارفة منهم أفنصرف منهم ؟ قال: أكره ذلك[1].

قال في كتاب الذبائح: وقد[2] كتب عمر ينهى أن يكونوا صيارفة أو جزارين، وأن يقاموا من الأسواق كلها، وقد أجاز معاملة الذميين[3].

وكذلك قال في كراء أرضك منه إن لم يغرس فيها شيء للخمر.

وقد أباح أخذ الأثمان منهم، وهم يعملون بالربا كما قال سبحانه: ﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾ [سورة النساء آية: 161] إلا أنه ﷻ أباح أخذ الجزية منهم، فصارت معاملتهم أخف في[4] الكراهية من معاملة من يعمل بالربا من المسلمين، ولأن المسلم لو تاب لم يحل له ما في يديه من الربا ورده إلى أهله إن عرفهم وإلا تصدق به.

والذمي لو أسلم حل له ما في يديه من ذلك كله فالأمر فيهما مختلف، والله أعلم.

قال ابن القاسم: ولا[5] أرى للمسلم في بلد الحرب أن يعمد للربا فيما بينه وبين الحربيين[6].

ولا بأس ببيع عبدك النصراني من النصراني، وأما بيع الصقالبة[7] منهم، قال

= والسروج، ويصنعون منه الطبول والبوقات مما يرهبون به. اهـ.
انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1773 و1774.

(1) انظر: المدونة: 7/255.

(2) قوله: (قد) ساقط من (م).

(3) انظر: المدونة: 3/127.

(4) في (ف1): (من).

(5) في (ف1): (لا).

(6) انظر: المدونة: 7/256.

(7) عياض: والصقالبة: أمة وراء الروم من ناحية الشمال، كانوا في الزمن الأول، كالمجوس غير أهل كتاب، وكالمشركين ممن يجبر على الإسلام، ولا يقر على دينه، بخلاف المجوس الذين صحت مجوسيتهم، وأمرنا أن نسن بهم سنة أهل الكتاب، ولا نجبرهم على الإسلام، وكذا قال أصبغ: في

مالك: ما أعلمه[1] حراماً وغيره أحسن، وأنا أرى أن يمنعوا من شرائهم.

قال مالك: وإن ابتعت منهم صقلبية؛ فلك ردها بعيب، وإن كنت نويت إدخالها في دينك.

ابن نافع عن مالك: قال: يمنع النصارى من شراء المجوس أو صغار الكتابيين[2]، ولا يمنعوا من كبار الكتابيين، ويجبر المجوس على الإسلام إذا ملكوا[3].

ومن كان بيننا وبينهم صلح أو هدنة من الحربيين على مال أو غير مال فلا ينبغي شراؤهم ممن سباهم من أهل الأديان، وكذلك النوبة لأن لهم عهداً من عمرو بن العاص وعبد الله بن سعد.

ولو صالحناهم على رقيق كل عام؛ لم ينبغ[4] أن نأخذ منهم في ذلك[5] أبناءهم ونساءهم، إذ لهم من العهد ما لآبائهم، إلا أن تكون الهدنة سنة أو سنتين؛ فإنا نأخذ منهم أبناءهم ونساءهم.

مجوس العراق، والشافعي يرى أنهم أهل كتاب، فكان كل من دان من الكفار بغير دين أهل الكتابين من الصقالبة والبربر والسودان والترك، وأشباههم، يسمون مجوساً، والفقهاء يطلقون ذلك عليهم؛ لشبههم بهم، ولم يفرق مالك بين الصغار والكبار، وفرق في العتبية فجعله يفسخ في الصغار؛ قال: لأنهم يجبرون على الإسلام دون الكبار. اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1774 و1775.

(1) في (م): (أعلم).

(2) عياض: معناه: الصغار الذين لا آباء معهم فيكونون على دينهم، وهؤلاء إذا لم يكن معهم آباء فهم على دين من اشتراهم، فإذا اشتراهم مسلم لم ينبغ له أن يبيعهم من كافر، كائن ما كان.

وعلى هذا تأول المسألة بعض مشايخنا، وبعضهم تأولها على بيع اليهود من النصارى للعداوة التي بينهم كما قال ابن وهب وسحنون، ومنعهم ذلك، وهذا بعيد من مذهب الكتاب لتفريقه بين الصغار والكبار. اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1776.

(3) انظر: المدونة: 7/257.

(4) قوله: (ينبغي شراؤهم... عام لم ينبغ) ساقط من (ف1).

(5) قوله: (في ذلك) زيادة من (ف1).

وأما من نزل لعهد عندنا ممن لا عهد له منا ببلده؛ فلنا أن نبتاع منهم الآباء والأبناء والنساء وأمهات الأولاد، وليس نزولهم على التجارة ببلدنا بعهد، ثم ينصرفون كالعهد الجاري لهم ببلدهم منا على متاركة الحرب [(م: 207/أ)] بل هو كدخولنا إليهم لتجارة بعهد، فلنا شراؤهم منهم هناك.

والذمي والمعاهد إن ابتاع مسلماً جبرته على بيعه من مسلم ولم أنقض شراءه، وكذلك إن ابتاع مصحفاً.

وقال غيره: ينقض بيعه، وقاله سحنون، وهو قول أكثر أصحاب مالك.

وإذا أسلم عبد الكافر أو أمتُه بيعا عليه، وكذلك عبده الصغير يسلم إن عقل الإسلام؛ لأني أجبره إن رجع بعد بلوغه، وعبد المسلم النصراني يشتري[1] مسلماً فإنه يجبر على بيعه إذ هو له حتى ينتزعه سيده، وقد يلحقه دين إن كان عليه.

وإن أسلم عبيد زوجة المسلم النصرانية؛ فلا بأس أن ينقل ملكها عنهم ببيعهم من زوجها أو هبتهم لولدها منه[2].

وإن أسلم عبد النصراني وسيده غائب فإن بعدت غيبته؛ باعه السلطان عليه، وإن قربت نظر وكتب فيه كالنصراني الغائب تسلم زوجته، وتمام ذلك نقلته إلى كتاب النكاح.

وإن تبايع الكافران عبداً بخيار فأسلم في الخيار، قيل لمالك الخيار: اختر[3] أو رد

---

(1) في (ف1): (إن اشترى).

(2) عياض: اختصره أبو محمد: فوهبتهم، وحمل المسألة: (أن الهبة والصدقة سواء؛ لأنه نقل ملك)، وكذلك قال غيره. وذهب آخرون، إلى أن الهبة لا تخرجهم عن حكم ملكها؛ إذ لها الاعتصار، واحتج بمسألة مالك الأختين، وأنه لم يجعل هبته إحداهما لبنته تحريماً لها، وتحليلاً للأخرى لأجل الاعتصار واحتج، وقال: إن هكذا يجب على مذهَبِه في الكتاب في مسألة النصرانية، وإنما أجاز ذلك في الكتاب؛ لأنه قال: تصدقت، والصدقة بخلاف الهبة؛ إذ ليس فيها اعتصار، وعلى لفظ الصدقة اختصرها ابن أبي زمنين. اهـ.

انظر: التنبهات المستنبطة، ص: 1780 و1781.

(3) في (م): (اختيار).

ثم بيع على من صار إليه، فإن كان المبتاع مسلماً والخيار له فله أخذه أو رده[1] فإن رده بيع على ربه[2].

وإذا أسلم عبد النصراني فرهنه بعبد وعجلت الحق إلا أن يأتي برهن ثقة.

ولو وهبه لمسلم للثواب فلم يثبه؛ فله أخذه ويباع عليه، وإن وهب مسلم عبداً مسلماً لنصراني، أو تصدق به عليه؛ جاز ذلك، وبيع عليه وله الثمن.

وإن[3] ابتاع مسلم خمراً من نصراني كسرتها على المسلم، فإن لم يقبض الذمي الثمن تصدقت به أدباً له ولا أنتزعه منه إن قبضه.

وكذلك لو ابتاعها منه نصراني لمسلم والنصراني البائع عالم بذلك فأما إن لم يعلم فالثمن له.

وقال سحنون: في ثمن الخمر ينزع[4] منه، وإن قبضه ويتصدق به[5].

وذكر مثله في الجعل في شراء المسلم الخمر، ورعايته الخنازير بأجر؟ قال: يؤدب[6] المسلم ويتصدق بالإجارة، وإن قبضها إذ لا يحل[7] له[8].

ولا أعرض لأهل الذمة في تعاملهم بالربا.

قال في كتاب الرجم: وأما إن أظهروا الزنا وشرب الخمر أدبوا على إظهاره[9].

وأما إن ظهرنا عليهم بذلك في تسترهم لم نعرض لهم.

ومن الصيد: وإن باع ذمي خمراً بدينار كرهت لمسلم أن يتسلفه[10] منه، أو يصرفه

---

(1) قوله: (أو رده) ساقط من (ف1).

(2) في (م): (يديه).

(3) في (ف1): (وإذا).

(4) في (ف1): (ينتزع).

(5) انظر: التبصرة، للخمى، ص: 4312.

(6) في (ف1): (ويؤدب).

(7) في (ف1): (لا تحل).

(8) انظر: المدونة: 8/70.

(9) انظر: المدونة: 11/93.

(10) في (م): (يسلفه).

منه أو يأكل من طعام ابتاعه الذمي من ذلك الدينار.

ولا بأس أن يأخذه منه في قضاء دين كما أباح الله ﷻ أخذ الجزية منهم.

ومن كتاب محمد: وإن[1] باع مسلم خمراً من ذمي فليس له أخذ ثمنها[2].

وقيل: يؤخذ من الذمي فيتصدق به.

وقيل: يترك له فأما إن أخذ منه فإنه يتصدق به[3].

وإن أسلم ذميان وقد باع أحدهما من الآخر خمراً بثمن مؤجل؛ فذلك ماض وله أخذ الثمن بخلاف إذا أسلم إليه في خمر.

قال ابن القاسم: وإذا أسلم ذمي إلى ذمي درهماً في درهمين[4]، أو في خمر ثم أسلما أو أحدهما، قال مالك: إن أسلم الذي له الحق فأما في الربا فيأخذ رأس ماله، وأما في الخمر فلا أدري، [(م: 207/ب)] وإن أسلم المطلوب فأما في الخمر فيرد رأس المال، وأما في الربا؛ فلا أدري وأخاف أن أظلم الذمي.

قال ابن القاسم: الذي أرى أن يتراجعا إلى رأس المال في الربا وفي الخمر أيهما أسلم؛ لأنه حكم بين مسلم وذمي[5].

بيع بلد الصلح والعنوة والمعادن وماء العيون والبرك وغيرها وما تولد فيها

قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه للذي ابتاع أرضاً من أهل العنوة: ليست لك ولا لهم.

قال ابن القاسم: وأما أرض الصلح التي منع أهلها أنفسهم حتى صولحوا؛ فهي

---

(1) في (ف1): (وإذا).

(2) في (م): (ثمنه).

(3) انظر: المدونة: 6/179.

(4) عياض: وقوله في: (الذي يشتري من ذمي درهماً بدرهمين إلى أجل ثم أسلما قبل القبض أو بعد القبض). كذا عندي، وفي نسخ: قبل القبض لرأس المال، أو بعد القبض لرأس المال، وفي بعضها قبل القبض، ولم يزد، والمسألة صحيحة. اهـ.
انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1781.

(5) انظر: المدونة: 7/279 و280.

لهم على ما صولحوا عليه من جزية الجماجم، وخراج الأرض فلهم بيعها، وتورث عنهم إلا من لا وارث له فيكون ذلك للمسلمين[1].

ومن أسلم منهم سقط الخراج عنه وعن أرضه وكانت أرضه له.

ومن غير المدونة: وأهل العنوة أحرار، ومن مات منهم ورثه ورثته؛ فإن لم يكن له ورثة كان ما بيده من مال أو أرض فيئاً، وإن أسلم فماله وأرضه للمسلمين، يؤخذ منه إذا علم أنه كان بيده قبل الفتح[2].

قال ابن القاسم: وبلدة العنوة التي غلبهم المسلمون عليها، فأقروها بأيديهم وضربت عليهم الجزية، فليس لهم بيع دار ولا أرض، ولا لأحد أن يشتريها منهم.

قال في كتاب الجعل: من[3] أسلم منهم فليس له في أرضه ولا ماله شيء[4].

قال مالك: لا يجوز[5] شراء أرض مصر ولا تقطع لأحد.

وإذا باع المصالح أرضه فالخراج باق عليه باعها من مسلم أو ذمي.

قال أشهب: بل هو على المسلم ويزول عنه بإسلام البائع[6].

قال[7] ابن القاسم: لو[8] ابتاعها مسلم على أن خراجها عليه كان بيعاً مكروهاً إذ لا ندري[9] قدر بقائه.

قال في كتاب الشفعة: هذا بيع لا يجوز[10].

وروى ابن نافع عن مالك في أهل الذمة إن أخذوا هم وأرضهم عنوة فأقروا فيها

---

(1) انظر: المدونة: 7/258.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 3/363.

(3) في (ف1): (ومن).

(4) انظر: المدونة: 8/66.

(5) في (ف1): (ولا يجوز).

(6) انظر: المدونة: 7/261.

(7) في (ف1): (وقال).

(8) في (ف1): (ولو).

(9) في (م): (يدري).

(10) انظر: المدونة: 9/491 و492.

وضربت عليهم الجزية فلا تشترى منهم[1].

وأما الذين صولحوا[2] على الجزية فلهم بيع أرضهم، إذا لم يكن على الأرض جزية.

ومن البيوع الفاسدة: قال مالك: لا يجوز بيع غيران المعادن؛ لأن من أقطعت له إذا مات[3] أقطعت لغيره، ولم تورث[4] عنه[5].

قال أشهب: لا يباع المعدن ويورث، وكذلك بئر الماشية وتكون بأيدهم كما كان بيد الميت، ومن[6] سلم حصته منه من الورثة كانت حصته للناس[7].

وأعرف لسحنون وأما إن أدرك في المعدن شيئاً ولم يلحقه إياه[8] إلا بمؤنة فإن ذلك النيل يورث عنه، ثم يكون النظر في المعدن إلى الإمام.

قال ابن القاسم: وما ظهر من المعادن في أرض العرب التي أسلم عليها أهلها فأمرها إلى الإمام يقطعها لمن رأى[9]، وكذلك ما ظهر منها بأرض المغرب؛ فليس أهلها أحق بها، وأمرها إلى الإمام[10].

ومن الزكاة: وما ظهر منها ببلد العنوة فأمره إلى الإمام، وما ظهر منها بأرض الصلح فيء لأهل الصلح، ولهم منعها من الناس[11].

وما عمل في المعدن فأدرك نيلاً؛ لم يجز له بيع ذلك النيل؛ [(م: 208/أ)] لأنه غرر

---

(1) انظر: المدونة: 7/259 و260

(2) في (ف1): (صالحوا).

(3) قوله: (أقطعت له إذا مات) ساقط من (ف1).

(4) في (م): (تورثه).

(5) انظر: المدونة: 7/70 و71.

(6) في (ف1): (وإن).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 2/201.

(8) قوله: (إياه) ساقط من (ف1).

(9) في (ف1): (يرى).

(10) انظر: المدونة: 7/71 و72.

(11) انظر: المدونة: 2/176.

لا يعلم دوامه، وله منعه من الناس بخلاف فضل الماء، ولم يأت في هذا ما جاء في منع فضل الماء.

ولا بأس ببيع تراب المعادن بالعروض، أو تراب الذهب بالفضة، أو تراب الورق بالذهب، ولا يجوز أن يسلم فيه عيناً ولا عرضاً إذْ لا يحاط بصفته.

قال مالك: ولا يجوز بيع المعدن ضريبة يوم ولا يومين.

وقال[1] مالك: إن عمر بن عبد العزيز كتب[2] بقطع المعادن.

قال مالك[3]: وذلك رأيي؛ لأنه يجتمع فيها شرار الناس[4].

ومن كتاب التجارة بأرض الحرب وغيره: قال مالك: ولا يعجبني بيع الرجل ما في بركته من الحيتان، ولا يمنع من يصيدها[5] ولا الشرب منها، ولا يمنع الماء لشفة أو سقي كبد إلا ما لا فضل فيه عن أربابه[6].

وإذا بنى رجل في أرضك على نهر لك رحا؛ فلك كراء الأرض عليه، وأما الماء فلا كراء له، ومن له في أصل عين مملوكة حصة؛ فله بيع حصته ببيع أصلها، وله بيع شرب يوم أو يومين دون الأصل إذا جاءه حظُّه من الشرب في القسم، كان له بيعه أو بيع بعضه.

وللرجل منع ما في داره وأرضه من عين أو بئر لشفته،[7] أو للزرع وبيع فضل ماء ذلك وكذلك المواجل.

وأما ما حفر في الفيافي، والطرق من المواجل كمواجل طريق المغرب، فقد كره

---

(1) في (ف1): (قال).

(2) في (م): (أمر).

(3) قوله: (مالك) ساقط من (ف1).

(4) انظر: المدونة: 7/72.

(5) في (ف1): (تصيدها).

(6) انظر: المدونة: 7/286 و287.

(7) في (ف1): (للشفة).

مالك بيعها ولم يره بحرام[1]، وهي مثل آبار الماشية التي في المهامه[2].

قال: ولا تباع[3] بئر ماشية حفرت في جاهلية أو إسلام، قريباً[4] من العمران أو بعيداً،[5] وأهلها أحق بريهم، ولا يمنع فضلها والناس فيها سواء.

وأما من حفرها في أرضه فأراد بها الصدقة فهي هكذا، وإن أراد أن ينتفع هو بها فله منعها وبيع ما بها، بخلاف ما حفر في الفيافي.

وفي حريم البئر إيعاب هذا المعنى.

وفي اختصار البيوع الفاسدة: باب في بيع الزرع والثمار والعروض على جزاف أو كيل أو عدد أكثره من هذا الكتاب، وهناك مسألة من اشترى من رجل على ما باع من فلان.

في الحكرة والتلقي ووفاء الكيل وبيع حاضر لباد ومن سام على سوم أخيه أكثره من غير المدونة

ورويَ أن الرسول ﷺ: نهى عن احتكار الطعام[6].

وفي حديث آخر: «**لا يحتكر إلا خاطئ**»[7]، وذلك للمصلحة، والله أعلم.

وقال عمر: لا حكرة في سوقنا، وأباح ذلك للجالب[8].

قال ابن حبيب: وللزارع[9].

---

(1) قوله: (بحرام) يقابله في (م): (حراماً بين).

(2) انظر: المدونة: 7/289.

(3) في (م): (يباع).

(4) قوله: (في جاهلية أو إسلام قريبا) يقابله في (ف1): (في الجاهلية أو في الإسلام قربت).

(5) في (ف1): (بعدت).

(6) بلفظ: "نهى رسول الله ﷺ أن يحتكر الطعام"، أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه: 4/301، برقم: 20387، من حديث أبي أمامة ؓ.

(7) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات: 3/1227، برقم (1605).

(8) انظر: الموطأ: 2/651.

(9) انظر: المدونة: 6/453.

قال مالك: والحكرة في كل شيء، من طعام وإدام وكتان وصوف وعصفر وغيره مما كان احتكاره يضر بالناس حينئذ منع محتكره من الحكرة، وإن لم يضر ذلك بالسوق فلا بأس به[1].

وقال ابن الماجشون ومطرف: لا يكون احتكار الطعام أبداً إلا مضراً بالناس في زمان الحصاد وغيره[2].

قال ابن القاسم: وإن قدم أهل الريف إلى الفسطاط لشراء طعام فمنعوهم. وقالوا: يغلون[3] علينا سعرنا لم يمنعوا إلا أن يضر ذلك بأهل الفسطاط، وعند أهل القرى ما يغنيهم [(م: 208/ب)] فإنهم يمنعون.

وكذلك من خرج إلى[4] قرية فيها سوق ليجلب منها على ما ذكرنا[5].

قال عبد الملك بن حبيب: يخرج الطعام من يدي من احتكره فيباع عليه في السوق برأس ماله إن ثبت معرفته، وإلا بيع بالسعر الذي كان به يوم اشتراه، ويشرك بين أهل السوق فيه، وكذلك سائر الحبوب والقطاني والإدام كله[6]، هذا على قول ابن الماجشون.

وأما العروض فإنما يفعل فيها ذلك إذا اشتريت في وقت يضر بالناس فيها وإلا فلا.

وقول مالك: إن الطعام مباح احتكاره في الوقت الذي لا ضرر فيه[7].

قال مالك: وإذا كان بالبلد طعام مخزون؛ فكان الغلاءُ، واحتاج الناس إليه؛ فلا بأس أن يأمر[8] الإمام أهله بإخراجه إلى السوق فيباع، وليس يفعل هذا في كل زمان

---

(1) انظر: المدونة: 7/290، وما بعدها.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/453.

(3) في (ف1): (تغلون).

(4) في (م): (من).

(5) انظر: المدونة: 7/292.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 6/453.

(7) انظر: المدونة: 7/291 و292.

(8) في (م): (يأخذ).

ولكن عند حاجة الناس.

ونهى الرسول ﷺ عن تلقي السلع حتى يهبط بها إلى السوق[1].[2]

قال عبد الملك بن حبيب: فما كان من سلعة[3] لها سوق فلا يبتاعها، وإن مرت به على باب داره في الحضر لقُوْته ولا لتجارة حتى يهبط بها السوق، وما لم يكن لها سوق فله ذلك فيها إذا دخلت بيوت الحاضرة وإن لم تبلغ الأسواق.

ومن منزله خارج الحاضرة قريباً أو بعيداً، فليشتر مما مرَّ به لقوْته، ولا يشتري للتجارة إلا في سوق تلك السلعة.

وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم: فيمن تلقى سلعة فابتاعها، فإن لم تفت السلعة ولها سوق راتب له أهلٌ أُشرك بينهم فيها إن أحبوا، وإلا أسلمت إليه بالثمن، وإن لم يكن لها سوق راتب فلتوقف للناس في السوق، وإن لم يوجد من يأخذها إلا بأقل أسلمت السلعة[4] إلى المتلقي بالثمن[5].

قال[6] عيسى: وإذا بيعت من غيره لم يدخل هو فيها بشرك، بيعت من أهل سوق أو غيرهم.

قال ابن نافع: إن عثر على ذلك قبل أن يغيب[7] البائع فسخ البيع، وإن غاب البائع بيعت على هذا، فإن كان فيها فضلٌ تصدق به.

قال ابن حبيب: ومن تلقى فسخ بيعه؛ فإن فات البائع فلم يوجد فإن لم يكن المبتاع معتاداً لذلك، أسلمت السلعة إليه ونهي أن يعود، وإن كانت تلك عادته نزعت

---

(1) في (ف1): (الأسواق).

(2) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/758، في باب النهي عن تلقي الركبان، من كتاب البيوع، برقم: 2057، ومسلم: 3/1157، في باب تحريم تلقي الجلب، من كتاب البيوع، برقم: 1517، ومالك: 3/173، في باب ما يكره من النجش وتلقي السلع، من كتاب البيوع، برقم: 771.

(3) في (ف1): (السلع).

(4) قوله: (السلعة) ساقط من (ف1).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/446.

(6) قوله: (قال) ساقط من (ف1).

(7) قوله: (أن يغيب) يقابله في (ف1): (مغيب).

منه، فإن كان لها في السوق قوم راتبون لشراء مثلها اشتركوا فيها إن شاءوا، فإن أبوا تركت له[1]، وإن لم يكن لها[2] أهلٌ راتبون، وشأنها أن تباع من سائر الناس، فإنها توقف في السوق للناس بالثمن الذي ابتاعها به فإن لم يوجد من يأخذها إلا بأنقص ردت[3] إليه ويؤدب المعتاد، وأما الطعام فيوقف للناس أجمعين، وإن كان له[4] أهل راتبون[5].

وإذا وقفت السلعة موقفها في السوق، ثم ردها صاحبها خرجت من التلقي وحل[6] لمن مرت به شراؤها أو شراؤها من دار البائع.

وقال الرسول ﷺ: **«لا يبع بعضكم على بيع بعض»**[7]؛ يقول: لا يشتري. وكقول الله ﷻ: ﴿وَشَرَوْهُ﴾ [سورة يوسف آية: 20]، يعني[8]: باعوه.

قال مالك: وذلك إذا اتفقا وأركن البائع للبيع.

قال عبد الملك: فإن فعل أساء وليستغفر الله، ويعرض السلعة على أخيه بالثمن زادت أو نقصت، إلا أنه إن أنفق عليها حتى [(م: 209/أ)] زادت فليأخذ منه النفقة مع الثمن إن اختار أخذها[9].

والنجش الذي نهي عنه العطاء في السلعة ليعتبر به غيره لا ليشتريها هو.

ونهى الرسول ﷺ عن بيع حاضر لباد[10].

---

(1) في (م): (لهم).

(2) قوله: (لها) زيادة من (ف1).

(3) في (ف1): (رددتها).

(4) في (م): (لها).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/446.

(6) في (ف1): (جاز).

(7) تقدم تخريجه.

(8) في (ف1): (بمعنى).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 6/441.

(10) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/752، في باب لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه، من كتاب البيوع، برقم: 2033، ومسلم : 2/1033، في باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى

قال مالك في رواية أشهب: يعني أهل العمود وأهل البوادي والبراري، كالأعراب وأما[1] أهل القرى من أهل الريف من يرى أنه يعرف السوق[2] فلا بأس به.

قال: فإن[3] باع للبادي فسخ البيع.

قال ابن حبيب: إلا أن يشاء المبتاع التمسك به[4] والذي قال مالك: يفسخ لأنه بيع نهي عنه، وقاله ابن القاسم.

وقال ابن القاسم أيضاً: لا يفسخ. قاله ابن عبد الحكم.

وقال عبد الملك: والشراء للبادي[5] في الكراهية كالبيع له.

ورويَ عن مالك أنه قال: لا بأس أن يشتري له وفرق بينه وبين البيع له[6]، وذلك عندي سواء.

وأمر الرسولُ عليه السلام بتصبير الكيل.

قال مالك: يملأ الصاع من غير رزم[7] ولا تحريك، ويسرح الكيال الطعام بيده على رأس الصاع فذلك الوفاء[8].

وحقُّ الكيَّال[9] على البائع؛ لقول الله سبحانه: ﴿فَأَوْفِ لَنَا ٱلْكَيْلَ وَتَصَدَّقْ عَلَيْنَآ﴾ [سورة يوسف آية: 88][10].

يأذن أو يترك، من كتاب النكاح، برقم: 1413.

(1) في (ف1): (فأما).

(2) في (م): (بالسوق).

(3) في (ف1): (وإن).

(4) عياض: والمسك: بفتح الميم الجلد. وسلبها - بفتح اللام - أي: جلدها؛ لأنه يسلب عنها. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1788 و1789.

(5) في (م): (اللبادي).

(6) قوله: (له) ساقط من (ف1). وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 6/447 و448.

(7) في (ف1): (مرزوم)، والمثبت موافق لما في نص العتبية.

(8) انظر: البيان والتحصيل: 7/300.

(9) في (م): (الكيل).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 6/455.

قال مالك في كتاب القسم: أرى أن يغربل القمح للبيع، وهو الحق الذي لا شك فيه[1].

وقال عمر بن الخطاب لحاطب وقد حط من سعر الناس: إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا[2].

وأكثر هذا الباب من الواضحة، وفيه من كتاب ابن مزين وابن المواز، وفيه من المدونة مسألتان في[3] أول الباب، ومسألة غربلة القمح.

كمل كتاب التجارة ببلد الحرب

والحمد لله رب العالمين على ذلك كثيراً

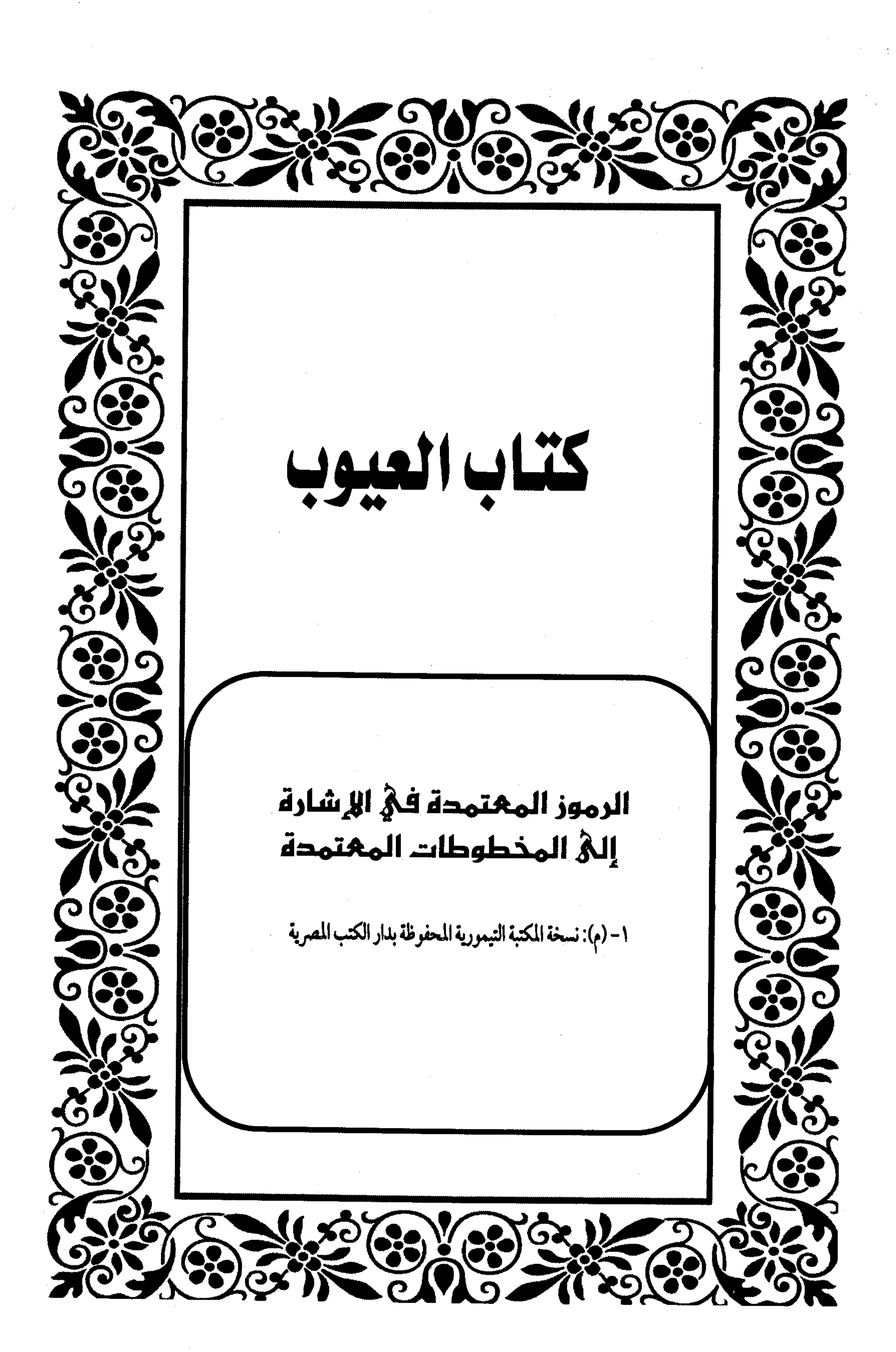
وصلى الله على محمد وآله وسلم تسليماً



(1) انظر: المدونة: 10/ 67.

(2) انظر: الموطأ: 2/ 651.

(3) قوله: (في) ساقط من (ف1).



كتاب العيوب

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١ - (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية



كتاب العيوب

في عهدة[1] الرقيق في الثلاث والسنة، وجامع بيع البراءة[2]، وجامع العهدة في كل مبيع والاستحقاق، والرد بالعيب، ومن باع لنفسه أو لغيره

روى عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال: «عهدة الرقيق أربعة أيام

---

(1) عياض: معنى العهدة: الضمان؛ مأخوذة من العهد وهو الميثاق؛ قال الله تعالى: ﴿فَأَتِمُّوٓاْ إِلَيۡهِمۡ عَهۡدَهُمۡ إِلَىٰ مُدَّتِهِمۡۚ﴾ [سورة التوبة آية: 4].
وجاء بمعنى: الضمان، وبه فسروا: ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِيٓ أُوفِ بِعَهۡدِكُمۡ﴾ [سورة البقرة آية: 40] أي: بما ضمنتم من طاعتي، وضمنت لكم من ثوابي.
وجاءت في عرف الفقهاء لتعلق ضمان المبيع بالبائع، وتعلق المطالبة له بسببه، وذلك في كل المبيعات، واختص الرقيق منها بعهدة الثلاث، استقصاء لما خفي من حال الرقيق، واستكشافهم بالخبرة، والسؤال في هذه الأيام عما بطن من أحوالهم أو دلس بها البائع وكتمها منهم، فكأن هذه المدة أبقى المبيع فيها على ملك البائع وضمانه حتى يتخلص لمشتريه. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1856و1857.

(2) عياض: مسألة بيع البراءة، ومعناها: البيع على أن لا يرجع على البائع بعيب قديم في المبيع بما لا يعلم به البائع، ويخشى أن يكون به، وحاصله التبري من التباعة فيه والتبري من المطالبة به.
وهذا الأصل مما اختلف فيه قول مالك على أقوال:
هل من البياعات ما هو بيع براءة، وإن لم يشترط فيه أم لا؟
وهل يصح اشتراط بيع البراءة، وينتفع به في كل شيء أو في بعض الأشياء، أو لا ينتفع به جملة ؟
ولأصحابه في ذلك عشرة أقوال؛ منها له تسعة أقوال، منها في الكتاب ستة أقوال:
أولها: قوله القديم في كتاب محمد من رواية ابن القاسم وأشهب أنها جائزة في الرقيق، إذ اشترط التبري من كل عيب، قل أو كثر مما لا... يعلمه البائع.
وبيع السلطان في التفليس والمغنم وغيره بيع براءة، وإن لم يشترط، وكذلك بيع الميراث إذا علم المبتاع أنه بيع ميراث.
قال: وذلك كله في الرقيق خاصة.
زاد في كتاب ابن حبيب: أو يذكر متولي بيع الميراث أنه بيع براءة.
وكل هذا أيضاً بيّن في الكتاب ما هو ظاهر منه.

=

قال فيه ابن القاسم: وأنا أرى البراءة في الرقيق على قول مالك الأول وإن بيع المفلس والميراث بيع براءة، وإن لم يبين، وكذلك في بيع السلطان الغنائم وغيرها.

القول الثاني: قوله القديم في المدونة أن البراءة إنما كانت لأهل الديون، يفلسون فيبيع عليهم السلطان، وليس ذلك عنده على هذا القول إلا في الرقيق ولا يكون عنده لأهل الميراث ولا لغيرهم لا باشتراط ولا بحكم، وهو ظاهر قوله هذا في المدونة.

وحمله اللخميّ قولاً مفرداً، وهو نص ما في كتاب محمد - أيضاً - لقوله: وقال أيضا: لا تنفع البراءة في الرقيق إلا في بيع السلطان في الدين، فأما في بيع الميراث وغيره فلا، وهذا قول، ويدل أنه بعد قول له آخر تقدمه؛ لقوله: وقال أيضاً.

وقوله فيها: (إذا أخبر أنه بيع ميراث فقد برئ)، ولا يبرأ إن لم يخبر بذلك ولم يذكر البراءة، فتأمله فهو كما تقدم موضح من غير الكتاب. القول الثالث: قوله في الموطأ: إنما ينتفع بها في الرقيق والحيوان.

وفي النوادر: أنه أمر بمحو الحيوان منها.

وفي كتاب محمد: أنه ذكر له ذلك فقال: إنما أعني بالحيوان الرقيق.

فعلى هذا لا يكون خلافاً لكن في كتاب محمد له أنه يجوز في الرقيق والحيوان فقط على ظاهر الموطأ، ومثله في كتاب ابن حبيب.

القول الرابع: رواية ابن القاسم عنه في كتاب محمد أنها لا تنفع في الثياب والحيوان إلا في الشيء التافه غير المضر، وأما ما هو مضر فترد به، ونحوه في العتبية، وعليه حمل قول المغيرة: إذا جاوز العيب الثلث فلا تنفع فيه البراءة حينئذ، وهو مثل قوله في المدونة: (أن البراءة لا تنفع لأهل ميراث ولا غيرهم إلا أن يكون عيباً خفيفاً). وقوله قبل هذا في الكتاب: ثم رجع، يدل أنه كان في قوله الأول الذي ذكره، يجيزه في الكثير كما نصه في غيرها، وقد يحتمل أن يكون ما في الكتاب خلافاً لهذا؛ إذ أصله في الكتاب الذي لم يختلف قوله فيه: منع البراءة في غير الرقيق، وأن يرجع قوله هذا أو قولاه في الرقيّق خاصة.

القول الخامس: قوله في كتاب ابن حبيب: أنها تلزم في الرقيق والحيوان والعروض، وكل شيء، قال: وهو قوله الأول.

قال ثم رجع فقال: لا تكون إلا في الرقيق.

فهذا يدل أنه أول أقواله، كذا نقل أبو محمد المسألة في النوادر من قول مالك في العروض، ولم ينقل فضل فيها العروض من قول مالك، إلا في الحيوان على ما في الموطأ، وعليه أحال.

قال: وبه أخذ ابن وَهْب من أصحابه وغيره، وإنما نقل جواز البراءة في العروض عن جماعة من السلف، فانظرها في أصل الواضحة.

القول السادس: أنه إنما يجوز فيها فيما طالت إقامته عند الرجل، واختبره، وأما ما لم يطل ولم يختبر فلا، قاله في الواضحة والموازية وهو مثل قوله في المدونة في الجالب الذي يأتيه الرقيق، قال: (فيما

أرى البراءة تنفعه).
وظاهر سائر الروايات جوازها لأهل الميراث والوصي والسلطان، خلاف هذا، ولجواز البراءة مما لا يعلمه حال البيع، قاله عبد... الملك وأصبغ.
قال عبد الملك: وقد يبيعون ما ورثوا، ومنهم الغائب والقاضي.
زاد عبد الملك في ذلك في عقد بيع البراءة: بيع الصفة في العبد الغائب، وما وهب من الرقيق للثواب.
القول السابع: قوله في المدونة الذي رجع إليه أن البراءة لا تنفع في الرقيق، يريد: ولا في غيره لا أهل الميراث ولا لوصي ولا غيره
ظاهره لا في بيع السلطان ولا غيره، وعلى هذا تأولها اللخميّ، ويدل عليها قوله في المسألة أول باب عهدة المفلس: (فيمن اشترى عبداً من مال رجل فلسه السلطان فأصاب به عيباً، قال: يرده على الغرماء).
ويدل عليه - أيضاً - قوله في الباب الأول، وكان قوله القديم في الرقيق في بيع الميراث والسلطان في الفلس إلى آخر المسألة وأنه لا يلزم البائع بشيء مما أصابهم، فقوله القديم يدل أنه مما اختلف قوله في ذلك.
وقال في موضع آخر: (ما وقفت مالكاً على هذا إلا ما أخبرتك من قوله القديم)، وقد خالف في هذا التأويل جماعة، وتأولوا مسألة المفلس أنه كان عالماً بالعيب، وعلم بعلمه.
وذكر أبو محمد بن أبي زيد وابن الكاتب وغيرهما أنه لا يختلف قوله في بيع السلطان أنه بيع براءة.
واستدلوا بقوله في الكتاب بعد ذكره اختلاف قول مالك في البراءة، وفي الميراث، وثبت قوله: أن بيع السلطان بيع براءة. وحكى القاضي أبو محمد رواية عن مالك أن البراءة لا ينفع اشتراطها في شيء ولا يبرأ البائع إلا مما يبرئه المبتاع.
وعللها بعض أصحابنا أن البيع على البراءة بيع غرر، فهذا يبين اختلاف قول مالك في المسألة كلها.
القول الثامن: إن البراءة لا تصح بشرط، وإنما تكون لمن يوجبها عليه الحكم من بيع السلطان وأهل الميراث، وهو مثل قوله في المدونة، ولم تكن البراءة عند مالك - إذا كان يجيزها - إلا في الرقيق وحدهم في المواريث، وما يبيع السلطان للغرماء.
وتفسير مجمل قوله في الموطأ: أن بيع البراءة لا يكون إلا للسلطان، وفي الميراث والتفليس، فهذه رواية قد لخصها الباجي، وأشار إلى ما ذكرناه، ولعل ما ذكره عبد الوهاب راجع إلى هذا.
القول التاسع: قوله في الكتاب أول الباب: (إن البراءة لا تكون إلا فيالرقيق ولا تنفع في غيرها كانوا أهل ميراث أو غيرهم).
فظاهره ألا تكون إلا بشرط؛ لقوله: تنفع، ومثل هذا إنما يستعمل فيما قصد، فأما ما يوجبه الحكم فلا يقال فيه ينفع، إنما يقال فيه: يكون أو يصح، فتأمله فهو ضد القول المتقدم.
القول العاشر: قال ابن حبيب: من رأيه إنا نأخذ بقول مالك الأخير فيما بيع طوعاً فلا يكون إلا في

أو ثلاثة»[1].

وأمر بعهدة الثلاث عمر بن الخطاب، وقضى بها ابن الزبير وعمر بن عبد العزيز.

وعهدة الثلاث وعهدة السنة أمرٌ قائمٌ بالمدينة، وكان أبان وهشام بن إسماعيل يذكران ذلك إذا خطبا فعهدة الثلاث من كل داء، وعهدة السنة من الجنون والجذام والبرص.

قال مالك: ولا عهدة عندنا إلا في الرقيق[2].

قال محمد: قال مالك: وإنما تلزم العهدة وإن لم تشترط في مثل المدينة [(م: 209/ب)] حتى تشترط البراءة، وأما بغير بلد جرت فيه؛ فلا تلزم فيه عهدة الثلاث أو

= الرقيق، وأما ما باعه السلطان في فلس أو موت أو على أصاغر أو مغنم فنأخذ فيه بقوله الأول أنه بيع براءة في كل شيء من الرقيق والحيوان والعروض، وإن لم يشترط.

قال: وقاله مُطرِّف، وابن الماجشون، وأصبغ وغيرهم.

قال القاضي رَحِمَهُ اللهُ: هذا تحصيل الأقوال فيها على ما تقرر في الروايات في الكتاب وغيره؛ إذ لفظه في الكتاب متكرر متردد مختلف العبارة في مواضع شتى من أبواب العهدة والبراءة، فرتبنا مشكله على ما فسر في غيرها، إلا ما اختلف فيه التأويل في موضعين: أحدهما: هل اختلف قوله في بيع السلطان، هل هو بيع براءة أم لم يختلف قوله فيه أنه بيع براءة؟

الثاني: في اليسير، وقد قال ابن الكاتب: إنه لم يختلف قوله في اليسير وغيره جعله مختلفاً كما ذكرناه قبل، وهو ظاهر بعض روايات عموم المنع في الكتاب كما تقدم، والخلاف يظهر فيه منه؛ لأنه عمم مرة منع الجواز، واستثني مرة اليسير.

قالوا: ولم يختلفوا أن البراءة من عهدة الثلاث والسنة نافع لازم. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1859، ومابعدها.

(1) ضعيف، بلفظ: عن عقبة بن عامر: أن رسول الله ﷺ قال: "عهدة الرقيق ثلاثة أيام".

أخرجه أبو داود: 2/306، في باب في عهدة الرقيق، من كتاب الإجارة، برقم: 3506، وأحمد: 4/152، برقم (17422) مسند الشاميين، حديث عقبة بن عامر الجهني، وابن ماجه: 2/754، في باب عهدة الرقيق، من كتاب التجارات، برقم: 2244.

وبلفظ: عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال: "عهدة الرقيق أربع ليال".

أخرجه أحمد: 4/150، برقم: 17395، والحاكم في المستدرك: 2/26، برقم: 2200، وأبو داود الطيالسي في مسنده: 1/122، برقم: 908، والبيهقي في الكبرى: 5/323، برقم: 10534.

(2) انظر: الموطأ: 2/612.

السنة حتى تشترط أو يجريها الإمام(1).

قال محمد: قال مالك: فإن ظهر على عيب قديم في بيع البراءة حلف البائع أنه ما علم به، فإن نكل رد عليه العبد ولا يمين على المبتاع في هذا(2).

قال ابن القاسم: فما بيع من الرقيق بغير براءة فمات بالثلاث؛ فهو من البائع، وكذلك إن أصابه في الثلاث مرض أو عيب، وما كان في السنة من جنون أو جذام أو برص فمن البائع، وكل ما أصابه في الثلاث مما يعلم أنه مرض أو داء؛ فللمبتاع رده به، ولا شيء عليه(3).

ولو مات أو غرق أو سقط من حائط، أو خنق نفسه أو قتل كان من البائع في الثلاث.

ولو جرح أو قطع له عضو كان ما نقصه للبائع، ثم للمبتاع الخيار في رده أو قبوله معيباً بالثمن كله.

ومن كتاب بيع الخيار قال: وما جني على العبد(4) في الثلاث فمن البائع، وما وهب له فيها أو تصدق به عليه فللبائع، ولو تلف مال العبد في الثلاث وقد بيع به؛ لزمه ولم يرده ولا يرجع على البائع بشيء.

ولو هلك العبد في الثلاث؛ انتقض البيع وعلى المبتاع رد ماله وليس له التمسك بالمال ودفع الثمن، ولو حدث بالعبد في الثلاث عيب مفسد فإما رده بماله وأما حبسه بماله بجميع الثمن(5).

ومن كتاب التدليس: ومن ابتاع عبداً فأبق في الثلاث كان من البائع إلا أن يبيعه بيع براءة، فإن بيع بالبراءة من الإباق(6) فأبق في الثلاث، قال مالك: فهو من البائع

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/215.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 8/164.

(3) انظر: المدونة: 7/377 و378.

(4) في الأصل: (العيب)، وما أثبتناه موافق لما في المدونة.

(5) انظر: المدونة: 7/116 و117.

(6) عياض: الإباق - بكسر الهمزة -: الاسم. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة: 1/1826.

حتى يعلم أنه خرج من الثلاث سالماً[1].

قال: ولا أعجل برد اليمين وأضرب للعبد أجلاً، فإن علم أنه خرج من الثلاث سالماً كان من المبتاع وإن جهل كان من البائع[2].

قال ابن القاسم في غير المدونة: هو من المبتاع حتى يعلم أنه مات في الثلاث، ورواه عن مالك[3].

ولو وجدناه بعد الثلاث لم يؤتنف فيه عهدة، ولا حجة على البائع في إباقه؛ لأنه تبرأ منه.

وما أصابه في السنة من جنون أو جذام أو برص فمن البائع وللمبتاع الرد.

وكذلك إن وسوس في السنة فأطبق عليه وذهب عقله، أو وسوس رأس كل شهر واحد من السنة ثم لم يعاوده لرد؛ إذ لا يعرف ذهابه[4]، ولو جنَّ عنده مرة ثم انقطع؛ لم يجز بيعه حتى يتبين؛ إذ لا تؤمن عودته.

ولو أصابه في السنة جنون في شهر منها ثم صحَّ فله رده؛ لأنه أمر يتردد ولا يتحقق برؤه.

وأما إن أصابه في السنة جذام أو برص، ثم برئ قبل علم المبتاع به؛ لم يرد إلا أن يخاف عودته أهل المعرفة فيكون كالجنون، وليس له رده من الجرب والحمرة وإن يسلخ بورم، ولا من البهق في السنة[5].

---

(1) انظر: المدونة: 7/378.

(2) انظر: المدونة: 7/378 و379.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/218 و219.

(4) عياض: وقوله: (إذا كان يخنق رأس كل شهر هلال قال: يرده).

اعترض بعضهم على هذا، وقال: كيف تصح المسألة، ورضاه به في مدة هذه الأهلة يمنع القيام بالعيب، فقد يحتمل أنه اعتراه هذا في الإيقاف بعد أن أقام لأول ما رآه فأوقفه للخصومة أو أمسكه وهو مخاصم فيه أثناء ذلك أو شك فيه لأول ما ظهر به، أهو جنون أم لا؟ فاستبان بتكراره في رؤوس الأهلة أنه جنون. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1875.

(5) انظر: المدونة: 7/392.

ولو جني عليه رجل في السنة بضربة أذهبت عقله؛ كان من المبتاع ولا يرد، ولو أصابه في السنة صمم أو خرس؛ لم يرد إذا كان معه عقله فإن ذهب بذلك عقله؛ فهو من البائع.

قال مالك رحمه الله: لا تنفع البراءة مما لا يعلم البائع في ميراث أو غيره في شيء من السلع والحيوان إلا في الرقيق فمن باع عبداً أو وليدة وشرط البراءة ؛ فقد برئ مما لم يعلم إلا من الحمل [(م: 210/أ)] في الرائعة[1]؛ لأنها تتواضع.

وبيع السلطان للرقيق في الديون وفي المغنم وغيره بيع البراءة وإن لم يشترط، وكذلك بيع الميراث في الرقيق إذا ذكر أنه ميراث وإن لم تذكر البراءة، ولا ينفع في غير الرقيق شرطالبراءة باعه ورثة أو وصي أو سلطان.

وقد رجع مالك وقال: لا تنفع البراءة في الرقيق أيضاً وإن باعها وصي أو ورثة أو غيرهم من الناس إلا أن تكون عيباً خفيفاً فعسى يرد إلا ببيع السلطان لم يرجع عنه في قوله هذا[2].

ومن ذلك من تقدم عليه الرقيق فيبيع بالبراءة ولم يخبرها ولا كشفها فلا براءة له، وإنما كانت البراءة فيما باع السلطان على مفلس ونحوه، وبأول قوله أقول.

---

(1) عياض: الجارية الرائعة الجيدة التي تراد للتسري لا للخدمة، وكذلك عِلْية الجواري، بسكون اللام، وقيل بكسرها وتشديدها، والأول أشهر. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1828.

(2) انظر: المدونة: 381/7.
عياض: وقوله: (ما باعه الورثة)، وقوله: (لو أن رجلا باع ميراثاً ولم يقل: أبيع بالبراءة فباع وأخبر أنه ميراث؛ فقد برئ، وإن لم يقل قد برئت).
قال الباجي: ما باعه الورثة المشتركون إذا دعا بعضهم إلى البيع أو جميعهم فليس من بيع البراءة في شيء، وهم كجماعة اشتركوا في رقيق.
وكذلك بيع الوصي على اليتيم لحاجة الإنفاق وهو كبيع الأب على ابنه، وإنما يكون بيع براءة على ما قال، وإن لم يبين ما بيع من التركة للديون، وتنفيذ الوصايا.
وقال غيره خلافه، وأن معنى مسألة الكتاب: أنه ما باعه الورثة ليقسموا ثمنه، فأما ما اقتسموه بينهم من رقيق الميت أو حبسه الوصي للأيتام ثم بيع ففيه العهدة. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1868 و1869.

وقد قضى عثمان باليمين على ابن عمر: (لقد باعه وما به داء يعلمه) في عبد باعه بالبراءة[1]. وثبت مالك على أن بيع السلطان بيع براءة، وبلغني أنه قال هو أشد من بيع البراءة[2].

وإن ابتاع رقيقاً في مورث أو بيع السلطان في فلس أو مغنم أو غيره فهو بيع براءة، وإن لم يشترط فليس رده بعيب، ولا في ذلك عهدة ثلاث ولا سنة.

ومن باع لنفسه فشرط في الرقيق البراءة فقد برئ مما لم يعلم، ولا يبرأ مما علم، ويبرأ مما أصاب العبد أو الأمة في الثلاث أو السنة وإن لم يذكرهما، وكذلك إن ذكر في البيع أنه ميراث؛ فهو براءة وإن لم يذكر ميراثاً فلا يبرأ إلا بذكر البراءة.

ولو كتم الورثة عيوباً يعلمونها؛ لم ينفعهم شرط البراءة ولا ذكر الميراث، ولا يجوز بيع أمة رائعة بالبراءة من الحمل، ولا بأس بذلك في الوخش[3] من الزنج[4] وغيرهم إن لم يطأها البائع؛ إذ ليس بكبير نقص فيها، وربما زاد ثمنها به، وهو تخاطر في الرائعة لكثرة ما ينقصها إن كان بها، ولو كان بها ظاهراً، وليس من السيد؛ جازت البراءة منه وزال التخاطر، وثمنُ خمسين لها حكمُ الرائعة؛ وهي ممن تراد للوطء.

قال: ولا يبرأ البائع من عيب يعلمه في الرقيق حتى يسميه، ولا يبرأ في غيرها إلا مما سمى علم عيباً أم لا.

قال: ومنع عمر بن عبد العزيز أن يذكر في البراءة عيوباً ليست في المبيع؛ إرادة التلفيق[5].

---

(1) انظر: المدونة: 7/382 و383.

(2) انظر: المدونة: 7/390.

(3) عياض: الوخش - بسكون الخاء -: خسيسه، وأصله الحقير من كل شيء أيضا. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1828.

(4) عياض: السِّند والزِّنج - بكسر السين والزاي - ويقال: زَنج - بفتحها أيضاً -: أمتان من السودان، بجهة المشرق. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1856.

(5) انظر: المدونة: 7/374 و375.

قال النخعي: أبيعك لحماً على باريه[1]؛ لم يبرأ حتى يسمي العيب.

قال شريح: حتى يضع يده عليه[2].

قال ابن القاسم: فمن كثر في ميراثه أسماء العيوب؛ فلا يبرئه إلا من عيب يريه إياه بعينه أو يوقفه عليه[3].

ولو باع بعيراً فتبرأ من دبرته فإن كانت منغلة[4] مفسدة؛ لم يبرأ، وإن أراه إياها حتى يذكر ما فيها من نغل وغيره.

وكذلك إن تبرأ في عبد من إباق أو سرقة، والمبتاع يظن إباقه الليلة أو إلى مثل العوالي أو سرقة الرغيف فيؤخذ ينقب، أو قد أبق إلى مثل مصر من الشام.

محمد: أو قد أبق مراراً؛ فلا يبرأ حتى يتبين أمره.

ولو تبرأ من كي بأمة فوجد الكي بالظهر والفخذين، فقال المبتاع ظننتها ببطنها؛ فلا رد له إلا أن يكون متفاحشاً على ما ذكرنا في الدبرة والإباق.

وإن تبرأ من عيوب الفرج فإن كانت مختلفة ومنها المتفاحش؛ لم يبرئه حتى يذكر أي عيب هو [(م: 210/ب)] إلا من اليسير فإنه يبرأ.

وأما الرتق وما تفاحش فلا، ولو تبرأ من الرتق فوجد رتقاً لا يقدر على علاجه فإن كان منه ما يقدر أن يعالج؛ لم يبرأ حتى يسميه.

وإن أتى بائع الأمة بعد البيع فتبرأ من عيب ذكره، فإن كان ظاهراً فذلك له والمبتاع مخير، وإن لم يكن ظاهراً؛ لم تنفعه براءته ولا يرد البيع، ثم إن ظهر للمبتاع عيب قديم كان له الرد به أو الرضا، ولو أقام البائع بينة أن بها عيباً باطناً مكن من ذلك، ثم

---

(1) عياض: قوله: (لحما على باريه)- بكسر الراء وتخفيف الياء -: هي الحصير.

وفسره بعضهم بأنه الوضم الذي يباع عليه اللحم، وإنما هي الحصير يقطع عليها اللحم، ويباع، أي: إنما أبيع منك لحماً لا تقوم علي فيه بشيء من عيوب الحيوان. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1856.

(2) انظر: المدونة: 7/ 375.

(3) انظر: المدونة: 7/ 383.

(4) في الجامع لابن يونس: (منقلة)، والمثبت موافق لما في المدونات والتهذيب.

خير المبتاع.

قال مالك: ولا عهدة في الرقيق على أهل الميراث ولا أيمان ولا تباعة(1).

محمد عن مالك: لا اليمين أنهم ما علموا إلا أن تقوم بينة أنهم كتموا عيباً علموه، وما رد بعيب مما بيع على مفلس؛ فليرد على الغرماء الذين بيع لهم، ولو تلف ما اجتمع لهم من الأثمان قبل قسمتها كانت من الغرماء، ولو تلف ما جمع للبيع من المبتاع كان من المديان(2).

وروى أشهب: أن ذلك كله من الغريم(3).

وقال ابن الماجشون: ذلك كله من الغرماء(4).

ومن وجد أمته التي باع بيد المبتاع بعد [أن](5) أفلس كان أحق بها إلا أن يعجل له بقية الغرماء جميع الثمن، فإن فعلوا ثم هلكت الأمة قبل أن تباع كانت من المديان.

وكذلك عليه خسارتها وله ربحها، وليس له منعهم من أداء ثمنها عنه بأن يقول: إما أبرأتموني مما تدفعوا فيها أو تسلموها، كمن أدى عن رجل ما لزمه بغير أمره، ولأن البيع قائم بعد لم ينتقض فإنما للبائع نقضه بأخذ السلعة إن شاء قبل وجود الثمن من المشتري أو من دافع يدفع عنه بأمره أو بغير أمره.

وإذا أنفذ السلطان بيع عبد المفلس وقسم الثمن بين غرمائه، ثم وجد به عيب قديم لم يرد؛ لأنه بيع براءة إلا أن يعلم أن المديان علم به فكتمه فللمبتاع الرد، ويؤخذ الثمن من الغرماء إن كان المديان الآن عديماً، ثم يباع لهم ثانية بالبراءة من العيب، فما نقص ثمنه من حقهم اتبعوه به، ولو كان ملياً أدى هو ما لهم وأخذ العيب، فإن كان قد أعتقه أولاً فباعوه عليه عتق الآن عليه؛ لأن البيع الأول لم يتم.

ولو حدث به عيب آخر مفسد عند المبتاع كان له حبسه، وأخذ قيمة العيب من

---

(1) انظر: المدونة: 7/391.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/234.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/236.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 6/235.

(5) قوله: (أن) غير موجود في الأصل، انظر: تهذيب البراذعي: 3/311.

ربه في ملائه أو من الغرماء في عدمه، أو رده ورد ما نقصه العيب الثاني، ثم يعتق على البائع في ملائه، ويغرم الثمن أو يباع للغرماء في عدمه.

محمد: ذكر عن أشهب أنه إن علم بأن المفلس علم العيب، فكتمته بينة علمت ذلك؛ فللمشتري الرد على الغرماء، وإن لم يعلم ذلك إلا بقول المفلس؛ فليس يرد بذلك إلا أن يشاء رده على المفلس، ولا شيء له على الغرماء[1].

ومن باع سلعة لرجل بأمره من رجل، فإن أعلمه في العقدة أنها لفلان؛ فالعهدة على ربها، وإن ردت بعيب فعليه اليمين لا على الوكيل، فإن لم يعلمه أنها لفلان حلف الوكيل وإلا ردت السلعة عليه.

قال أصبغ: في الخامس من الثمانية ما كان من رد بعيب أو درك فذلك على هذا المتولي للبيع إلا إن اشترط عند البيع اشتراطاً بيناً أنه لا عهدة عليه، ولا تباعة ولكن على ربها وتعامل على ذلك؛ فحينئذ لا يكون [م: 211/أ] عليه من تباعة ذلك بشيء.

قال: وما باع الطوافون في المزايدة ومثل النخاسين وغيرهم أو من يعلم أنه يبيع للناس؛ فلا عهدة عليهم في عيب ولا استحقاق، والتباعة على ربها إن وجد وإلا اتبع، وإذا ردت بعيب ؛ ردَّ السمسار الجعل على البائع[2].

---

(1) عياض: قوله: (في بيع السلطان على المفلس عبداً أعتقه ثم ظهر به عيب قديم إذا علم أن البائع قد علمه؛ رده المبتاع على الغرماء) فتأمل هذا فهو يدل أنه لا يقبل فيه قول البائع هنا ولا يرد بقوله على الغرماء، وكذلك حكى محمد عن أشهب؛ قال: وإن شاء رده المبتاع على المفلس.

وقوله بعد هذا في آخر المسألة: (لأن البيع لم يتم حين وجد به عيباً رده)؛ يبين أن ابن القاسم لا يخالف أَشْهَب في أن الرد بالعيب نقض بيع كما نص عليه أَشْهَب في كتاب الاستبراء، وخلافهما هناك، وهنا سيأتي تفسيره في كتاب الاستبراء، وتأمل قوله: فإذا انقضت أيام... العهدة الثلاث.

ظاهره ما نصه ابن القاسم في غير الكتاب أن الثلاثة أيام محسوبة بنفسها غير يوم العقد، وأن بقية يوم العقد ملغى، وإن كان أكثر النهار، وهذا أصله في العقيقة، وإقامة المسافر والعدد، خلاف قول غيره من اعتبار ذلك من حين وقت العقد من أول يوم إلى مثله من الرابع تتمة ثلاثة أيام، وهو قول، وخلاف من اعتبار من اعتبر مُضِي أكثر النهار فيلغى أو اعتبار بقية جله فيحسب يوماً كاملاً بنفسه، وهو قول. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1873و1874.

(2) عياض: قوله في الكتاب: (فيما يستأجر الناس من النخاسين - إلى قوله -: والذين يبيعون في

الحوانيت، والذين يبيعون المتاع للناس يجعل لهم الجعل فيبيعون، والذي يبيع ممن يزيد من غير ميراث يستأجر على الصياح فيوجد شيء مسروق من ذلك أو به العيب: لا ضمان عليهم).

كذا في روايتنا وأكثر الأمهات.

وفي بعض النسخ زيادة قبل قوله والذي يبيع فيمن يزيد ما هذا... نصه: (والذي يبيع في السوق الثياب للناس مثل الصاحة، وهؤلاء... النساء الذين يبيعون على الدور ما دفع إليهن من الثياب والحلي والجواهر مثل نساء مصر التي تدفع إليهن الأموال فيبعن على الدور في الأسواق فيستحق عليهم ما باعوه، على من ترى أن يرجعوا بالأثمان التي دفعوا؟

فقال: على أرباب المتاع.

فقلت لمالك: فإن ادعوا تلف ما دفع إليهم، وقد قلت لي إنهم ضامنون لما دفع إليهم، أي: القيمة تلزمهم، أقيمة المتاع يوم قبضوه، أم قيمته... يوم تلف؟

قال: بل قيمته يوم قبض المتاع.

قلت: والذي يبيع فيمن يزيد...) ورجع إلى مسألة الكتاب والجواب المتقدم.

كذا كانت مخرجة في كتاب ابن عيسى، وكتب عليها في رواية: وهو تخليط في الجواب، واضطراب من القول، وما لا يعرف من مذهبه، ومذهب أصحابه من تضمين هؤلاء إلا ما وقع لأصبغ في الثمانية أن العهدة في رد العيب والدرك على متولي البيع، إلا أن يشترط عند البيع اشتراطاً بيناً أنه لا عهدة ولا تباعة عليه، ولكن على ربها، وتعاملا على ذلك؛ فحينئذ تسقط عنه العهدة، فكأنهم عند أصبغ وفي هذه الزيادة كالصناع لما نصبوا أنفسهملذلك لمصلحة الكافة في ذلك، وللوجه الذي ضمن له الصناع.

والمعروف من قول مالك وأصحابه في السماسرة والمأمورين والوكلاء أنهم لا يضمنون؛ لأنهم أمناء، وليسوا بصناع، سواء كانوا بحوانيت أم لا، كذا جاء في أمهاتنا، وأجوبة شيوخنا.

فقال في المدونة في كتاب الجعل في باب جعل السمسار: (في الرجل يدفع للبزاز المال يشتري له بزاً، ويجعل له في كل مائة يشتري بها ثلاثة دنانير: لا بأس بذلك.

قال: وإن ضاع المال فلا شيء عليه).

وفي كتاب الرواحل: (وكل شيء دفعته إلى أحد من الناس، وأعطيته على ذلك أجراً فهو فيه مؤتمن، إلا الصناع الذين يعملون في الأسواق).

وقال في العتبية: فيمن استؤجر على شراء متاع فزعم أن الثمن ضاع: يحلف.

قال بعضهم: ويدل أنه لا ضمان عليهم، إسقاط مالك وابن القاسم الضمان عن المؤاجر بالتجر في المال في كتاب الجعل والإجارة، وعن الذي اشترى السلعة على أن يتجر بالمال؛ لأنه قال: إن شرط إنه إن ضاع المال أخلفه له فهذا يدل على أنه لا يضمنه.

قال الداودي: لاضمان عليهم، إلا أن يخرجوا به من السوق، وإن كانوا متهمين، وقاله أبو محمد بن أبي زيد، وقال: يحلف إن اتهم.

قال: ومن ابتاع سلعةً لرجل، فأعلم به البائع ؛ فالثمن على الوكيل حتى يقول له في العقد: إنما ينقدك فلان دوني، فالثمن على الآمر حينئذ[1].

قال في كتاب السلم: ولو قال: أبتاعها منك لفلان، فشرط عليه البائع أنه إن أنكر فالثمن عليك؛ فذلك جائز كان الثمن نقداً أو مؤجلاً، وكذلك إن أخذ منه سلماً على هذا[2].

قال أشهب: لا يجوز هذا.

ومن الوكالات: وإن لم يذكر الوكيل أنه يبتاع لفلان، وأراد الآمر القيام بالعهدة، فإن أقام الآمر البينة على الوكالة، أو على إقرار الوكيل؛ فله العهدة [على][3]

=

وقال القابسي: في الرجل يبعثه الرجل يطلب له ثياباً فيضيع منها ثوب: إن ضمانه على الآمر، إذا اعترف بإرساله أو ثبت عليه، ويحلف السمسار ما فرط ولا خان.

ورأيت له أيضاً في جواب آخر في مثله إذا كان معروفاً بالسمسرة فهو أمين لهما، فإن ادعى تلفه قبل أن يوصله إلى الآمر صدق، وكذلك إن قال: وصلته، ولم يختره فأخذته فذهب في رده.

وإن قال: تلف عند الآمر، فالآمر ضامن إن أقر له، وإلا فالسمسار ضامن.

وقال أبو محمد أيضاً في الرجل يدفع إلى الصراف الدنانير أو الحلي ليصرفها له أو الرقيق أو الدواب للنخاس بأجر أو بغير أجر فيقولون ذهب أو سقط منا، أو بعنا وسقط الثمن، أو بعنا من هذا الرجل وهو يجحد؛ فقال: القول قول الوكلاء على ما ذكرت مع أيمانهم، إلا في قولهم: بعنا من هذا الرجل وهو يجحد فهم ضامنون، إلا أن يقيموا البينة بالبيع، وقبض السلعة، إلا أن يكون هؤلاء الوكلاء من السماسرة الطوافين، الذين عادتهم ألا يشهدوا على ذلك، فالقول قولهم مع أيمانهم ولا ضمان عليهم.

وقال أبو عمر بن الشتات في دعوى السمسار: رد الثوب إلى صاحبه، وقد طلبه منه ليعرضه، ورب الثوب ينكر أنه لا ضمان على السمسار ولا شيء عليه في دعوى ضياعه ولا فيما حدث فيه في يده من عيب، ويحلف إن اتهم، إلا أن يأخذه ببينة فلا يبرأ إلا بها.

قال: وكذلك الذي يعقد على بيع الثياب للناس في السوق. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1869، ومابعدها.

(1) انظر: المدونة: 7/388.

(2) انظر: المدونة: 6/323 و324.

(3) كلمة غير مقروءة وأثبتنا ما يقاربه من المدونة.

البائع[1].

ومن التدليس: ولا عهدة على قاض أو وصي فيما ولي بيعه، قيل: فإن هلك مال الأيتام، ثم استحقت السلعة، قال مالك: فلا شيء على الأيتام[2].

وللوارث أن يقوم بالعيب فيما ابتاعه الميت، فإن ادعى البائع أنه تبرأ منه ؛ كلف البينة وإلا حلف من يظن به علم ذلك من الورثة على علمهم، ولا يمين على من يرى أنه لا يعلم ذلك.

وكذلك المكاتب يموت قبل الأداء، فللسيد رد ما ابتاعه بالعيب به، إلا أن يقيم بائعه بينة أنه تبرأ من ذلك إليه، وكذلك لو عجز المكاتب أو كان عبداً مأذوناً فحجر عليه قبله، فله القيام بما لهما من العهدة في الرد بالعيب أو الرضا به، وليس للعبد إلا أن يرد به، ولو رضي قبل العجز أو الحجر على وجه النظر لغير محاباة؛ لزم ذلك[3].

وإن رد عبد بعيب على المكاتب بعد عجزه أخذ الثمن من ماله، فإن لم يكن له مال بيع عليه في الثمن؛ فما فضل كان له وما نقص اتبع به[4].

وإن كان عليه مع ذلك دين؛ فإن رضي المبتاع بالرد كان أسوة الغرماء في ثمن

---

(1) انظر: المدونة: 7/223.

(2) انظر: المدونة: 7/388.

(3) انظر: المدونة: 7/337.

(4) عياض: قوله: لأن المكاتب حين عجز فقد صار محجوراً.

ثم قال آخر الباب في مسألة الرد بالعيب على المكاتب، بعد عجزه: وإن فضل فضل كان للعبد الذي عجز، وإن كان نقصاناً اتبع به في ذمته.

قال بعض شيوخنا: جعل عجزه حجراً، ولم يجعله انتزاعا لماله.

وقد قال بعض أصحابنا في العبد المأذون: ليس لسيده الحجر عليه إلا بالإشهاد، وههنا جعل عجزه مجرداً حجراً دون إشهاد ولا سلطان.

وقال آخرون: حكم المكاتب إذا عجز في هذا، حكمه قبل كتابته؛ فإن كان محجوراً رجع إلى الحجر، وإن كان مأذوناً رجع إلى الإذن، وقدجعل ابن القاسم في المكاتب عجزه انتزاعاً في مسألة جعله للسيد اقتضاء مكاتبة مكاتبي مكاتبه إذا عجز، فجعله انتزاعا، وهو قول أشهب، وكله خلاف ما هنا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1836و1837.

العبد، وإذا بعت عبدك من نفسه بأمة له؛ فليس لك ردها عليه بعيب، وكأنك انتزعتها وأعتقته، ولو استحقت ما كان عليه شيء ولو بعته نفسه بها وليست له يومئذ.

قال يحيى: يعني وهي بعينها في ملك غيره.

فإنك ترجع عليه بقيمتها لا بقيمته، وكما لو قاطعت مكاتبك على أمة في يديه، ثم استحقت، وهذا كالنكاح بها، وبخلاف البيوع[1].

قال يحيى: ولو كانت مضمونة بصفة لرجع السيد بمثلها، والقيمة في الرد بالعيب يوم الصفقة.

وأما البيع الفاسد فيوم القبض[2]، وفي البيوع الفاسدة إيعاب هذا.

جامع القول في الرد بالعيب
وذكر ما يرد به من العتق

وقد نهى الله سبحانه عن أكل المال بالباطل ونهى الرسول ﷺ عن الغش والخلابة[3].

وقال ﷺ: «**من غشنا فليس منا**»[4]، وجعل المشتري في حديث المصراة بخير النظرين بين أن يحبسها أو يردها [(م: 211/ب)] وصاعاً من تمر[5].

---

(1) انظر: المدونة: 338/7.

(2) عياض: التقويم للمعيبة يوم وقعت الصفقة بخلاف البيع الفاسد الذي راعى فيه يوم القبض؛ لأن في الفساد لا يضمن إلا بعد القبض؛ لأن له ألا يقبض، وفي الصحيح القبض له لازم، فمصيبتها منه. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1808.

(3) عن عبد الله بن مسعود أنه قال: أشهد على الصادق المصدوق أبي القاسم ﷺ أنه حدثنا قال: بيع المحفلات خلابة، ولا تحل الخلابة لمسلم.
أخرجه ابن ماجه: 753/2، في باب بيع المصراة، من كتاب التجارات، برقم: 2241، وأحمد: 433/1، برقم: 4125.

(4) أخرجه مسلم: 99/1، في باب قول النبي ﷺ: «من غشنا فليس منا»، من كتاب الإيمان، برقم: 101.

(5) تقدم تخريجه.

وقال ﷺ: «الخراج بالضمان»[1].

قال ابن القاسم: إذا اطلع المبتاع على عيب دلس به البائع عليه أو لم يدلس؛ فهو مخير في حبسه لجميع الثمن أو رده.

قلت: أرأيت من ابتاع أمة، فوجدها صهباء الشعر[2]، قال: ما سمعت من مالك فيه شيئاً، ولكن سمعته يقول فيمن اشترى جارية فوجد شعرها قد جعد أو سود، فإنه عيب يرد به[3].

والزعراء العانة[4] عيب ترد به[5]، وكذلك إن لم ينبت الشعر في غير العانة أيضاً فهو عيب يرد في ساقيها أو جسدها، قيل: فالتي يوجد شعرها أصهب أو جعد أو سود، قال: ذلك كله عيب، وترد[6] الرائعة من الشيب.

قال أشهب: وقيل: إن كان كثيراً ردت به، ولا ترد في القليل، إلا أن يكتمه في الرائعة تعمداً[7].

قال محمد[8]: هذا كله في الشابة.

محمد: وكذلك يرى في التي وجد شعرها أصهب أنها لا ترد، وإن كانت رائعة إلا

---

(1) أخرجه أبو داود: 2/306، في باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا، من كتاب الإجارة، برقم: 3508، والترمذي: 2/ 581، في باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، من كتاب البيوع، برقم: 1285، والنسائي: 7/ 254، في باب الخراج بالضمان من كتاب البيوع، برقم: 4490، وأحمد: 6/ 49، برقم: 24270، من حديث السيدة عائشة رضي الله عنها، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(2) عياض: الصهباء الشعر: التي شعرها يميل للحمرة. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1827.

(3) انظر: المدونة: 7/ 349.

(4) الزعراء: التي لا يثبت لها في عانتها ولا تحت إبطها شعر وهو عيب وجمعها زعر. انظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، للجُبِّي، ص: 80.

(5) قوله: (يرد به) يقابله في (ف1): (قال: يرد).

(6) في (ف1): (يرد).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 249.

(8) في (م): (أشهب)، والمثبت موافق لما في النوادر.

أن يسود وينقص ذلك من ثمنها؛ فلا[1].

أما التي جعد شعرها أو سود، فإنها ترد وهذا أشد، وترد الرائعة بالشيب.

محمد: في الشابة، ولا ترد به غير الرائعة، إلا أن يكون ذلك مما يضع من ثمنها.

والخِيلان[2] في الوجه والجسد إن كان عند الناس عيباً ينقص الثمن؛ ردت به، ولا ترد بالكي الخفيف وشبهه الذي لا ينقص من الثمن، ولا هو متفاحش، وإن كان عند النخاسين عيباً[3].

قال مالك: والبخر في الفم عيب ترد به الجارية، ويرد العبد إن وجد مخنثاً، وكذلك الأمة المذكرة التي اشتهرت بذلك[4].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/249 و250.

(2) عياض في مشارق الأنوار: الخيلان بكسر الخاء جمع خال وهي النقط التي تكون في الجسد سوداء وهي الشامات، انظر: مشارق الأنوار: 1/249.

(3) انظر: المدونة: 7/350.

عياض: قوله لا ينقص: أي ما له بال، وإلا فكل ما هو عيب لا بد له من نقص، وإن قل. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1838.

(4) عياض: قوله: (في العبد إذا أصابه مخنثاً: هو عيب، وفي المرأة المذكرة إن كانت توصف بذلك واشتهرت به: رأيته عيباً).

حمل أبو محمد المسألة أن معناها في الأخلاق والكلام والشمائل إما خلقة أو تخلقاً دون فعل الفاحشة، وجعل هذا عيباً بيناً؛ إذ الرجال تضعف قواهم، وكثير من منافعهم المطلوبة منهم، وأما النساء فيكره ذلك فيهن، إذا اشتهرت به؛ لأنه قد يظن بها السوء، وإن لم يكن، ولأنها ملعونة كما جاء في الحديث من المتشبهين من الرجال بالنساء ومن النساء بالرجال، فإذا لم تشتهر بذلك، وإنما كانت فيها خلقة، وأمراً طبيعياً فليس بعيب فيها ؛ لأنها جمعت خصال النساء، وزيادة الذكورية.

قال القاضي: وإلى هذا نحا أبو عِمرَان وغيره، إلا ما زدت وبينت من إشاراتهم.

وعندي أن هذا إنما يكون في الوخش، وجواري المهنة، وأما جواري الوطء والاستمتاع والرشد، وسائر العلي فذلك عيب مزهد فيهن مكروه منهن، وإن لم يشتهرن به. إذ المراد منهن التأنيث بالجملة، ويزاد في أثمانهن بقدر مبالغتهن في التأنيث، وإشارات المجون، ويكره ضده.

وذهب بعض الصقليين إلى أن معنى ما في الكتاب إذا كان الرجل يؤتى بالفاحشة، وتفعل المرأة بالنساء ما يفعله شرارهن، وبهذا فسر المسألة ابن حبيب؛ قال: وأما توضيع الكلام للعبد، وتذكيره للمرأة فليس بعيب ولا يردان بذلك، وجعل هؤلاء قوله وفاقاً لما في الكتاب،

وإن وجد العبد أو الأمة ولد زنا؛ فهو عيب يرد به [يستوي][1] في الوحش وغيره.

والحمل في الوحش والعلية عيب، وقاله لنا مالك حين خالفني ابن كنانة في الوحش.

فإن ألفيتَ الأمةَ قد زنت عند البائع، فليس بواجب على المبتاع أن يحدَّها إلا أن ذلك عيب ترد به في الوحش والعلية، وهو عيب في العبد أيضاً[2].

واستحاضة الأمة عيب، قال محمد: إذا ثبت أنها كانت عند البائع مستحاضة[3].

قال: وارتفاع الحيضة عيب، إلا أنها لا ترد في ارتفاعها بعد مضي حيضتها بأيام يسيرة حتى يطول ذلك، فيكون ضرراً في منع المبتاع من الوطء والسفر بها فترد، والسلطان ينظر في الضرر لطول تربص الحيضة، ولم يحد مالك فيها شهراً ولا شهرين[4].

محمد: قال ابن القاسم: حتى يطول مثل أربعة أشهر ونحوها، ورويَ عن مالك: أنها ترد بعد شهرين.

وروى أشهب: إن مضى لها مثل أيام قرئها وزيادة شهر أو شهرين تنتظر بها حتى يطول أمرها.

=

وجعلها أبو محمد خلافاً.

قال هؤلاء: ومعنى اشتهرت بذلك إذا لم يثبت عليها، ولكن فشا عنها فذلك يقوم مقام الثبات، ويرد على هؤلاء اشتراطه الاشتهار في المرأة دون الرجل، ويجب أن يكونا على هذا سواء.

وقد رأيت لبعض المختصرين، قال: فاشتهرا بذلك، واتفقوا... أن ليس معنى الاشتهار هنا التكرار بالفعل، فالمرة الواحدة إذا ثبتت عليهما من ذلك عيب، وكبيرة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1844، ومابعدها.

(1) غير واضح في الأصل، ولم أجد من المصادر ما يفيدني وأرى ما أثبتُه موافقاً لسياق، وانظر: التبصرة، للخمي، ص: 4411.

(2) انظر: المدونة: 7/348، وما بعدها.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/256.

(4) انظر: المدونة: 7/344.

قال أشهب: إذا مضى له ثلاثة أشهر نظرها النساء، فإن قلن: لا حمل بها، فللمبتاع أن يطأ، فإن وطئ فلا قيام له، وإن تأخر وطؤه حتى يطول ذلك بها بعض الطول الذي يظن بها فيه أنها ممن لا تحيض؛ فله الرد بذلك(1).

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 256/6.
عياض: قوله: فيمن اشترى جارية ممن تحيض فارتفع حيضها في الاستبراء شهرين أو ثلاثة.
قال مالك: ذلك عيب يردها به إن أحب.
ظاهره: أن الشهرين أمد كثير يوجب الرد، وهو قول مالك في كتاب محمد، وقول سحنون، خلافاً لما لأَشْهَب في كتاب محمد أنها لا ترد من الشهرين، وإنما ترد فيما زاد على الثلاثة، تبين ضرره، ونحوه لابن القاسم أنها ترد في الأربعة الأشهر والخمسة.
وعن مالك والمغيرة وابن دينار وعبد الملك وسحنون وفضل: ترد فيخمسة وأربعين يوما.
قال مالك: وللبائع أيضاً أن يرد البيع، ويفسخ لأجل نفقته.
وقال ابن حبيب: لا خيار للمشتري قبل ثلاثة أشهر، وله الخيار في الثلاثة، وحكاه من رواية أشهب ومُطرِّف عن مالك.
وقد قال في الكتاب بعد هذا في الشهرين: (لم يحد مالك في ذلك حدا) ظاهره الخلاف، وحمل شيوخنا إن هذا هو ظاهره في الكتاب، وإن مالكاً لم يحد في ذلك حداً إلا الطول، وما يرى أنه ضرر.
ويحمل قوله أولاً في السؤال: هو عيب ترد به يعني: ارتفاع الدم، لا تحديد ذلك بالشهرين والثلاثة، وإنما جاء ذلك في سؤال السائل، فلما سئل عن التحديد وقف، وكذلك اختصر أبو محمد وغيره ذكر الشهرين أولاً، واقتصروا على قوله بترك التحديد أخيراً، وأما ابن أبي زمنين فجاء بلفظ الكتاب.
وقيل: بل الجمع بينهما أنه لم يحدد أخيراً بالشهرين؛ لأنه قال: مضى لها شهران من يوم اشتراها وقد تكون قريبة العهد بالطهر، وينتظر دمها إلى شهر فإذا تأخر عنها شهرين فلم يطل، وفي المسألة الأولى ولاء معناه أن ارتفاعه شهرين بعد أمد استبرائها، ومجيء أيام حيضتها المعلومة، وقد قال في الكتاب: (إذا قال البائع: إن لم تحض هذا الشهر يوشك أن تحيض في الداخل، أيؤمر المشتري بحبسها؟
قال: ينظر في ذلك السلطان، فإن رأى ضرراً فسخ البيع).
فهذا يشير إلى ما قالوه إن مذهبه مراعاة الضرر دون تحديد بشهر ولا شهرين ولا ثلاثة، وهذا نحو الذي حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم أن ارتفاع الحيض يرد به المشتري ولا يلزمه انتظار ثلاثة أشهر، وفيه التفات إلى ما وقع لمالك وكبراء أصحابه المدنيين الذي قدمناه قبل، والله أعلم.
قوله: لأنها في ضمان البائع حتى تخرج من الاستبراء.
ذهب ابن سهل أن ظاهره: أن عيب ارتفاع الحيض إنما هو في العلي، وجواري الوطء، وعليه تكلم في المدونة، وأنه خلاف ما قاله في غيرها.
=

ولو أقام البائع بينة أنها حاضت قبل البيع بيوم، ولم ينفعه إذ هي بعد في ضمانه فيما يحدث بها في المواضعة، إلا في التي لا تتواضع، فذلك كله من المبتاع؛ لأنه يحدث، وكذلك ما يحدث بها بعد العقد من عيب أو هلاك.

ومن باع أمةً رائعةً كانت [(م: 212/أ)] تبول في الفراش، ثم انقطع عنها فللمبتاع الرد بذلك؛ لأن على البائع أن يبينه له إذ لا يؤمن عودته.

أشهب: إلا أن يقطع ويمضي له كثير من السنين مما تؤمن عودته، فليس عليه أن يبينه، فأما انقطاع لا تؤمن عودته؛ فله الرد[1].

قال في كتاب الجعل: وكره مالك بيع الأمة يشترط أنها مغنية، فإن باعها وشرط ذلك؛ فسخ البيع[2].

قال سحنون: ينبغي أن تباع ولا يذكر غناؤها، فإذا تم البيع ذكر ذلك له، فإما رضيها وإما ردها[3].

ومن كتاب ابن المواز: ومن اشترى أمة، فوجدها مغنية؛ لم ترد إلا أن يشترط ذلك في البيع، فيفسخ.

قال أشهب: لا تباع ممن يعلم أنها مغنية[4].

ومن ابتاع أمةً فوجدها رسحاء؛ وهي الزلاء[5]؛ فليس بعيب، والزعراء العانة

=

وقد روى أصبغ عن ابن القاسم: أن العلي والوخش في ذلك سواء.

قال مشايخنا: لأن ذلك علة، وخروج الحيض يصحح الجسم.

وقال بعضهم: إنما تكلم في الكتاب على الغائب مما فيه المواضعة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1841، ومابعدها.

(1) انظر: المدونة: 7/349.

(2) انظر: المدونة: 8/61.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/263.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 6/264.

(5) والرَّسْحَاء بالسين والحاء المهملتين التي لا إلية لها؛ وهي الزَّلاَّء أيضاً.

انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1827، وشرح غريب ألفاظ المدونة، للجُبِّي، ص: 80.

عيب، والدين على العبد عيب يرد به إن شاء أو يتماسك به[1].

والدين باقٍ عليه، [وإن لم يرده][2] حتى أسقطه عنه ربه، أو أداه عنه البائع لم يجب له رده.

سحنون: إلا أن [يكون إدانه في فساده][3].

[وكذلك مبتاع أمة في عدتها][4] ولم يعلم حتى انقضت[5]، أو بعينها بياض، فلم يعلم به حتى ذهب، وكل عيب كان قد ذهب قبل الرد به، فلا ترد بعد ذلك، ولو في

---

(1) انظر: المدونة: 7/340 و341.

(2) غير واضح في الأصل، ولم أجد من المصادر ما يفيدني وأرى ما أثبتُه موافقاً لسياق.

(3) غير واضح في الأصل، وقد أثبتنا ما يقاربه من الجامع، لابن يونس، وفي التبصرة، للخمي، ص: 4416، ونصه: إلا أن يكون مداينته في سفه فيرد وإن أسقط عنه.

(4) غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي: 3/298، وهو موافق لما في المدونة.

(5) المسألة في المدونة: وكذلك لو كانت أمة في عدة من طلاق فاشتراها رجل فعلم بذلك المشتري فلم يردها حتى انقضت عدتها لم يكن له أن يردها لأن العيب قد ذهب فلا يكون له أن يردها بعيب قد ذهب.

عياض: قوله: (في الذي اشترى أمة في عدة من طلاق فلم يردها حتى انقضت عدتها؛ لم يكن له ردها؛ لأن العيب قد ذهب).

استدل بعضهم منه على أن ذات الزوج إذا لم يعلم به حتى مات أو طلق أنه ليس له رد بعيب النكاح؛ لأنه قد ذهب.

قالوا: وهو مذهب الكتاب، خلاف ما في سماع أَشْهَب من موت الزوجة، وما رواه هو وابن القاسم عن مالك في كتاب محمد في العبد والأمة تنحل العصمة بينهما وبين أزواجهما؛ له الرد.

وحكى ابن حبيب عن مالك في كتاب محمد في الموت فيهما: ليس له رد إلا في الرائعة، فتزويجها عيب ترد به، وإن مات زوجها.

وحكى البرادعي الخلاف في زوال عيب التزويج فالافتراق فيهما جميعاً.

وتأول فضل بن سلمة انقضاء العدة من موت؛ إذ لو كان من طلاق لكان العيب باقياً لما يخشى عليهما.

وتأول غيره المسألة أنه علم بالعيب من الزواج والفراق، وإنما كتم عنه بقاء العدة عليها، ومنعه من الاستمتاع بها تلك المدة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1851، ومابعدها.

الثلاث، أو أصاب عينه بياض، ثم ذهب في الثلاث، فلا يرد بذلك فيها(1).

ومن ابتاع عبداً، وله ولد صغير أو كبير، ولم يعلم به؛ فله الرد به إلا أن يموت الولد قبل علمه.

وكذلك الأمة لها الولد، وكذلك العبد له الزوجة، والأمة لها الزوج؛ فذلك يوجب الرد.

قال مالك: وله الرد في الزوج وإن طلق أو مات.

قال محمد: قال مالك: ولو لم يكن رد حتى طلق لوجب الرد بخلاف غيره من العيوب(2).

ولو اتهم عبد بسرقة فحبس، ثم ألفي بريئاً؛ لم يكن ذلك عيباً إذا لم يبينه بائعه، وقد ينزل ذلك بالحر فلا يجرحه.

ومن ابتاع أمةً على أنها بربرية، فألفاها خراسانية؛ فله ردها، فإن شرط صقلية أو أشبانية أو آبرية، فألفاها بربرية أو خراسانية فلا رد له؛ لأن ذلك الجنس أفضل مما شرط، وإنما يذكر ذلك لفضل بعضها على بعض، إلا أن يعلم أن المبتاع أراد بذلك وجهاً، فيرد مثل أن يكره البربرية؛ لأصلهن وأنهن يسرقن ونحو ذلك، وما لم يكن كذلك وليس فيه عيب ترد به أو يضع من الثمن؛ فلا رد له.

قال مالك: فيمن ابتاع جاريةً فوجد نسبتها من العرب فأراد ردها لذلك؛ خوفاً أن تلد منه ويعتق، فتجر العرب ولاءها دون ولده أنه ليس بعيب يرد به(3).

---

(1) انظر: المدونة: 7/350 و351.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/261.

(3) انظر: المدونة: 7/319.

عياض: قوله في: الذي اشترى جارية وأراد أن يتخذها أم ولد؛ ليس المراد أنه شرط هذا الشرط، ولو شرطه فسد العقد لكن معناه نواه فوجدها من العرب فأراد ردها.

معنى قوله: جرَّ العربُ ولاءها، أي: أن نسبها يستفيض، ويقال: فلانة بنت فلان حتى ينسى ولاؤها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1818، وما بعدها.

وسئل يحيى بن عمر عن قرشي تزوج أمة رجل من العجم فأولدها فأعتق الرجل ولد القرشي: أنهم يرجعون إلى أنساب قريش حتى كأن لم يمسهم رق قط وكذلك العرب ؛ لأن أنسابها معروفة يتوارث بها، واحتج بمسألة مالك.

ومن ابتاع داراً، فوجد بها صدعاً، فأما ما يخاف منه سقوط الجدار فليرد به وإلا فلا ؛ لأنه قد يكون الصدع في الحائط، فيقيم زماناً كثيراً، فلا أرى هذا عيباً ترد الدار منه[1].

---

(1) عياض: قوله: في المشتري للدار وبها صدع إذا كان صدعها يخاف منه على الدار فهو عيب ترد منه، وإن كان صدعاً لا يخاف منه على الدار فلا أرى أن ترد؛ لأنه قد يكون في الحائط الصدع فيمكث في الحائط ذلك الصدع زمانا فلا أرى هذا عيبا.
وتمام هذه المسألة في كتاب القسمة: إذا وجد أحدهما في نصيبه عيباً يسيراً، يرجع بقيمة العيب، إذا كان خفيفا.
ومثله في مسألة العيوب في كتاب محمد.
وروى زياد عن مالك في كتاب: "الاستيعاب لأقوال مالك" ما يدل أن الدور وغيرها سواء ولا ترد بشيء من ذلك إلا في الكثير، ونحوه فيالمختصر الكبير، وإليه كان يذهب من متأخري مشايخنا أبو جعفر بن رزق القرطبي في كل شيء، وعليه كان يتأول جميع مسائل الكتاب وغيره في هذا الباب خلاف ظاهرها، وتأويل الجمهور فيها. وقد يحتج بقوله في الكتاب: في الكي الخفيف الذي لا ينقص من ثمنه وإن كان عند النخاسين عيباً فلا يرد به إذا لم يكن عيباً فاحشاً، فيكون قوله: لا ينقص، أي ما له بال، وإلا فكل ما هو عيب لا بد له من نقص، وإن قل.
وقال المخزومي: ما نقص من القيمة الثلث فصاعداً أو أقل من الثلث بيسير فهو من العيوب المفسدة، يرد به، وإن كان أقل من الثلث بكثير لم يرد به.
وحكى الباجي عن بعض الأندلسيين: أن الرباع وغيرها سواء، ترد من قليل عيوبها، وكثيرها.
وتأمل قوله في الصدع إن كان يخشى على الدار منه الهدم؛ فقد قال اللخميّ: إن هذا الصدع لو كان في حائط لم يرد منه؛ إذ لو استحق لم ترد به.
قال القاضي: وهذا موافق لظاهر الكتاب؛ إذ لم ينص أن الصدع في حائط، وإنما قال: في الدار، خلاف ما ذهب إليه عبد الحق وابن سهل... وغيرهما.
وتأولوا أنه إن خشي هدم الحائط من الصدع الذي فيه... وجب الرد.
وقد قيل: إنما يرد لخوف تهدم الحائط، إذا كان ينقص الدار كثيراً.
قال القاضي: وهذا أيضاً صحيح المعنى، أرأيت لو كان الحائط الذي يلي المحجة ولا يمكن سكنى الدار حتى يبنى أو يصلح الذي يتعلق به بناء الدار فيلزم تدعيم ما عليه، ويتعلق به، ويلزم فيه نفقة

قال: وكل ما بيع من غير الحيوان [(م: 212/ب)] وفي باطنه عيب من أصل الخلقة يجهله المتبايعان ولا يُعلم بفساده؛ مثل الخشبة تكسر فيلفى في داخلها عيب، فليس له رده ولا قيمة عيب، وكذلك ما أشبهها، وكذلك الجوز الهندي وسائر الجوز يوجد داخله فاسداً، والقثاء[1] والبطيخ.

قال مالك: رأيت أهل السوق يردونه ولا أدري بم ردوه إنكاراً لرده[2].

وقد قال أشهب: أما من ابتاع مثل الواحدة والعدد القليل مما يمكن اختباره بمثل العود يدخل فيه ونحوه فله الرد، وأما الأحمال والصبر، فلا يرد ما وجد منه مراً.

محمد: إلا أن يكون كله مراً فيرد[3].

قال غيره: لأنه يعلم أن صاحبه علم به.

قال مالك: وأما البيض فيرد لفساده؛ لأنه مما يعلم، ويظهر فساده قبل كسره، وأراه من البائع.

مالك: [...][4] وذلك إذا ردَّ بقرب المبيع؛ لأن الفساد يسرع إليه[5].

وإذا طعن المبتاع في عبد ابتاعه بعيب؛ لم يجب بذلك يمين على البائع لا على البتِّ، ولا على العلم حتى يدعي في عيب ظاهر به أنه باعه وهو به، ولو مكن من ذلك [أحلفه كل يوم على ما شاء][6] أنه لم يبعه وهو به[7].

=

كثيرة لوجب به الرد دون إشكال؛ لأنه يتكلف من بنيانه والنفقة فيه ما يشق. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1837، وما بعدها.

(1) عياض: القثاء - ممدود -: الفقوس، بكسر القاف وضمها معا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1855.

(2) انظر: المدونة: 7/365 و366.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/297.

(4) بياض بمقدار كلمة في الأصل.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 6/297 و298، ونص النوادر: وقال مالك، وابن القاسم، في البيض يجده فاسداً إن كان بحضرة البيع رده، وإن كان بعد أيام لم يرده، إذ لعله فسد عنده. وفي غير كتاب محمد: ولأن الفساد يسرع إليه.

(6) غير مقروء في الأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي: 3/294 و295

(7) انظر المدونة: 7/346.

ولو أبق عنده بقرب البيع، فقال البائع: أخشى أنه لم يأبق بقرب البيع، إلا وقد أبق أو عندك، فاحلف؛ فلا يمين عليه[1]، وما جهل أمره فهو على السلامة حتى تقوم بينة[2].

وإن ظهر به عيب يعلم أنه لا يحدث مثله عند المبتاع؛ وجب به الرد، وإن كان مما يمكن حدوثه عند أحدهما، فإن كان ظاهراً حلف البائع على البتِّ، وإن كان مما يخفى مثله؛ حلف على العلم، وعلى المبتاع البينة، فإن أحلفه عالماً ببينته؛ فلا قيام له بها، وإن لم يعلم بها؛ فله القيام بها كسائر الحقوق[3].

وإن دلس البائع بعيب في العبد، فرد عليه؛ فليس له أن يحلف المبتاع أنه لم يرض [به بعد علمه به][4] إلا أن يدعي علم رضاه لمخبر أخبر أو لغير ذلك أو مخبر أخبر أنه تسوق به بعد علمه بالعيب أو رضيه، أو يقول: قد بينته له فرضيه.

---

(1) عياض: قول مالك: (في العبد يأبق عند المشتري قرب ما اشتراه فيريد إحلاف البائع أنه لم يكن عنده آبقاً، وأنه لم يرد عليه يميناً).
قال فضل: روى أَشْهَب عن مالك أن أصله ما كان من الأفعال، فلا يمين فيها على البائع إلا أن يقيم المشتري البينة على أنه كان عند البائع فيرده، وما كان من الخلق، فههنا إذا أشكل أمره أن يكون حدث عند المشتري، أحلف البائع.
وكذلك الرهصة في الدابة والبطن والبول في العبد؛ إذ قد يمكن أن يكون ذلك لشيء قديم في الجوف.
وقد ذكر ابن القاسم عن مالك في العتبية خلافه، وذكر ابن حبيب أن اليمين عليه في الوجهين.
قال القاضي: وقال أصبغ مثله.
قال ابن لبابة: هذا هو مذهب ابن القاسم، والذي في المدونة فإنما أدخله سحنون لأشهب، وأما ابن القاسم فلم يذهب إليه أصلاً ولا فرق بين عيوب البدن والأخلاق.
وقال ابن محرز: ولو حقق الدعوى المشتري على البائع أنه أبق أو سرق عنده فظاهر الكتاب ألا يمين عليه حتى يظهر العيب، وذكر ابن المَوَّاز عن أَشْهَب مثله.
وذكر عن ابن القاسم أنه يحلف. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1850و1851.
(2) قوله: (بينة) ساقط من (م)، وانظر المسألة في: المدونة: 7/ 347.
(3) انظر: المدونة: 7/ 347.
(4) ما بين المعكوفين غير مقروء في الأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي: 3/ 295.

وكذلك ليس له يمينه أنه لم ير العيب عند الشراء حتى يدعي أنه أراه إياه، فيحلف أو يقيم بينة فيقضى له بها(1).

وإن قام مبتاع العبد بعيب [يجده](2) لا يحدث مثله والبائع غائب(3)؛ فعليه البينة أنه ابتاع بيع الإسلام وعهدته، فإن أقامها لم يعجل الإمام على القريب الغيبة.

وأما البعيد فيلوم له إن طمع بقدومه، فإن لم يأت قضي عليه برد العبد ثم يبيعه عليه، ويعطى المبتاع ثمنه الذي نقد بعد أن يقيم بينة أنه نقده الثمن وهو كذا وكذا ديناراً فما فضل حبسه الإمام للغائب عند أمين، وإن كان نقصان اتبعه به المبتاع.

ولو أقام البينة على غائب أنه ابتاع منه عبداً بيعاً فاسداً، فإن لم يتغير في سوق أو بدن فَعَل كفعلِه(4) في العيوب.

وإن تغير في سوق أو بدن؛ أغرم المبتاع بقيمته يوم قبضه ؛ فيحكّم بتلك القيمة عليه، ويفسخ البيع ويتراد هو والبائع الفضل متى ما لقيه(5).

---

(1) انظر: المدونة: 7/348.

(2) ما بين المعكوفين غير مقروء في الأصل، وقد أثبتنا ما يقاربه في تهذيب البراذعي: 3/386.

(3) في المدونة: عن الرجل يبتاع العبد من الرجل فيجد به عيباً مثله لا يحدث، وفي تهذيب البراذعي: ومن ابتاع عبداً فوجد به عيباً قديماً لا يحدث مثله فرفعه إلى الإمام والبائع غائب

(4) أي: الإمام.

(5) انظر: المدونة: 7/331 و332.

عياض: في الذي يقوم بالعيب والبائع غائب: إن كانت غيبته بعيدة تلوم السلطان للبائع إن طمع بقدومه، وإلا باعه فقضى الرجل حقه).

قال بعضهم: هذا يدل أن الغائب البعيد الغيبة يقضى عليه دون تأجيل، إذا لم يطمع بقدومه، ومثله في غير ما في كتاب من المدونة، وقد قال بعد هذا آخر الباب: (وإن كان بعيدا باعه عليه السلطان، إذا خاف على العبدالضيعة أو النقصان أو الموت).

قال فضل: كأنه ذهب إلى أنه يتلوم له، إذا لم يخف عليه ضيعة.

قال القاضي: فكأنها على هذا خلاف الأولى.

وليس عندي بخلاف تلوم له فيما يرى فيه التلوم وجه، ولم يخش منه ضرر، فإذا لم يطمع من الغائب بوصول لفرط بعده أو انقطاع الطرق حينئذ فلا وجه للتلوم - كما قال أولاً في المدونة - وكذلك إن طمع، وخيف على العبد الهلاك أو الضياع إن أوقفنا بيعه مدة الاستبراء لأمر سيده - كما قال آخرا -
=

ومن كتاب الشركة [(م: 213/أ)]: مسألة الرد بالعيب على أحد الشريكين ويمينه[1].

ومن باع سلعة بمائة دينار، ثم أخذ بالمائة ثوباً، فألفاه معيباً فرده؛ فليرجع بالمائة، وكذلك من أخذ من ثمن طعام طعاماً فإنما ينقض عليه البيع الآخر، وإذا ابتاع رجلان عبداً فوجدا به عيباً.

قال مالك: فلمن شاء منهما أن يرده أو يحبس دون الآخر، وكان يقول أولاً: للبائع مقال.

قال ابن القاسم: وجوب الرد لمن شاء منهما بيّنٌ، وكذلك الخيار إذ لو أفلس أحدهما؛ لم يتبع إلا بنصف الثمن[2].

قال أشهب: في كتاب بيع الخيار في هذا إما أن يردا جميعاً أو يحبسا جميعاً، وكذلك قال: إن كانا بالخيار فاختار الرد أحدهما[3]، ورواه لمالك وخالفه ابن القاسم في الخيار، وفي الرد بالعيب، وليس كورثة ورثوا الخيار إذْ لم يكن للميت أخذُ البعضِ فهم أدخلوا مدخله، وهذا مكرر في الخيار.

في العيب يوجد ببعض الصفقة أو يستحق بعضها

والقضاء أن من ابتاع أشياء في صفقة، فألفى ببعضها عيباً بعد أن قبضها أو قبل؛ فليس له إلا رد المعيب بحصته من الثمن، إلا أن يكون المعيب وجه الصفقة، وفيه ربا الفضل فليس له إلا الرضا بالعيب بجميع الثمن، أو رد جميع الصفقة.

وكذلك من ابتاع أصنافاً مختلفة، فوجد بصنف منها عيباً، فإن كان وجه الصفقة

فهما راجعان إلى شيء واحد. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1829، ومابعدها.

(1) انظر: المدونة: 8/402.

(2) انظر: المدونة: 7/343.

(3) انظر: المدونة: 7/100.

مثل أن يقع له من الثمن سبعون أو ستون والثمن مائة؛ فليرد الجميع.

قال محمد: فإن وقع له نصف الثمن فأقل؛ لم يرد إلا المعيب بحصته.

قال ابن القاسم: وكذلك إن ابتاع عبدين أو ثوبين، فأصاب أحدهما معيباً؛ فليردهما إن كان المعيب وجه الصفقة.

قال محمد: ذلك إن يقع له من الثمن أكثر من نصفه(1).

فإن كان المعيب الأدنى أو كانا متكافئين، فإنما له رد المعيب وحده بحصته من الثمن، أو حبسهما لجميع الثمن، إلا أن يكونا مثل نعلين أو خفين أو مصراعين وشبه ذلك مما لا يفترق، فإما ردهما أو رضيهما، وأما ما ليس بأخ لصاحبه، أو كانت نعالاً فرادى فله رد المعيب بحصته(2).

وحكم الأمة تباع مع ولدها، فيوجد بأحدهما عيب حكم ما لا يفترق من خفين أو نعلين ونحوهما(3).

وإن ابتعت عشرة أثواب بمائة دينار، كل ثوب بعشرة دنانير، فأصبت بأحدهما عيباً؛ لم أنظر إلى ما سميتما لكل ثوب، ولكن يقسم الثمن على قيم الثياب، فينظر هل هو وجه الصفقة أم لا؟.

ولو ابتعت ثياباً ورقيقاً ودواباً، فوجدت بعبد من الرقيق عيباً، وقيمة العبد خمسون ديناراً، وقيمة كل سلعة سواه نحو الثلاثين؛ فليس العبد بوجه الصفقة حتى تكون حصته أكثر الثمن(4).

محمد: أكثر من النصف(5).

ولو ابتاع عبدين بمائة، وقيمتهما سواء؛ كان له رد ما وجد منهما معيباً بحصته يريد وليس له رد الآخر، بخلاف عبدين [م: 213/ب)] أحدهما تبع للآخر.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 421.

(2) انظر: المدونة: 7/ 368 و369.

(3) انظر: المدونة: 7/ 276.

(4) انظر: المدونة: 7/ 353 و354.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 421.

وإن ابتاع عبدين أو ثوبين بمائة دينار، فهلك أحدهما، ثم وجد بالباقي عيباً؛ رده ورجع بحصته من الثمن، فإن اختلفا في قيمة الهالك؛ وصفاه وقومت تلك الصفة، فإن اختلفا في الصفة؛ فالقول قول البائع إن كان انتقد مع يمينه، وإن لم ينتقد؛ فالقول قول المبتاع، يريد مع يمينه.

قال أشهب: القول قول البائع انتقد، أو لم ينتقد[1]. يريد مع يمينه.

وأما إن كان الثمن عرضاً مثل أن يبتاع عبداً بثوبين، فهلك أحدهما وألفى الآخر معيباً، فإن كان المعيب ليس بوجه الصفقة؛ رده ورجع بحصته من قيمة العبد، وإن لم يفت لضرر الشركة فيه.

وقال أشهب: يرجع في العبد نفسه[2].

وإن كان وجه الصفقة؛ رده ورد قيمة الهالك، وأخذ عبده إن لم يفت بحوالة سوق أو بدن، فإن فات العبد بشيء من ذلك رد المعيب خاصة، وقيل: ما قيمته وقيمة السالم، وإن كان قيمة المعيب من ذلك قدر الثلث أو النصف.

محمد: أو الثلثين رجع بحصة ذلك في قيمة العبد لا في عينه[3].

ولو كان العيب بالعبد رده، ثم إن كان الحاضر من الثوبين أرفعهما ولم يفت بحوالة سوق أو غيره أخذه مع قيمة الهالك ما بلغت، وإن فات الحاضر بتغير سوق أو غير ذلك أو كان لم يفت، وليس بوجه الثوبين أسلمه وأخذ قيمة ثوبيه ما بلغت.

وإن ابتاع شاتين مذبوحتين، فأصاب إحداهما غير ذكية؛ فهو كمبتاع طعام على أن فيه مائة إردب، فلا يجد فيه إلا خمسين أو أربعين، فله أخذ ما وجد بحصته من الثمن أو رده؛ لأنه يقول: أردت الجملة للاسترخاص أو لحاجته لكثرة الطعام أو اللحم.

قال يحيى: قوله: إن له حبس الشاة الباقية بحصتها من الثمن لا يعجبني.

قال ابن القاسم: ولو نقصت المائة إردب شيئاً يسيراً، أو وجد شاة ميتة من

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 311 و312.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 423.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 423.

عشرة؛ لزمه ما بقي بحصته، ولا خيار لواحد منهما، وكذلك إن وجد قُلة خمر من قلتين من خل أو من عشرة على ما ذكرنا[1].

قال غيره: في الشاتين والقلتين كعبدين متكافئين يستحق أحدهما أو يلفى معيباً، فإنما له رد المعيب بحصته إذ لم يتبع هذا لهذا، بخلاف عبدين أحدهما تبع للآخر أو جملة رقيق أو ثياب أو وزن أو كيل، فإن استحق الأقل من ذلك؛ لزمه الباقي بحصته، وإن كان كثيراً حتى يضر ذلك به، إما لتبعيض صفقة أو لرغبة في الجملة؛ فله رد جميع الصفقة وأخذ الثمن، إلا أن يشاء التماسك بما سلم من ذلك بحصته، ويكون ذلك مما يوزن أو يكال.

قال: وكذلك إن كان مما يعد فاستحق منه جزء شائع كالنصف أو الثلثين؛ لأنه يرجع إلى ثمن معلوم حينئذ، وإن كان فيما بعد إنما استحق بعض السلع بأعيانها، وذلك كثير من الصفقة؛ لم يجز رضاه بما بقي إذ لا يعلم حصة ذلك إلا بعد التقويم، وكأنه بيع مؤتنف بثمن مجهول لوجوب الرد في جميع الصفقة[2].

قال أبو محمد: هذا قولهم إلا ابن حبيب ذكر [(م: 214/أ)] أن له ذلك[3].

قال أشهب: لو أصاب من العشرة القلال تسعة خمراً، لزمته الواحدة بحصتها[4]، وليس كالقمح يوجد فيه فساد، وقاله أصبغ.

قال أشهب: ولو استحق من مائة إدرب خمسون، أو نقصت لزمته الخمسون الباقية؛ لأن مالكاً يقول: إذا استحق نصف الرقيق لزمه الباقي، وليس بمنزلة أن لو وجد نصف الطعام رديئاً[5].

وقال ابن القاسم: في الذي وجد إحدى القلتين خمراً، أو إحدى الشاتين ميتة،

---

(1) انظر: المدونة: 7/308 و309.

(2) انظر: المدونة: 7/310.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/310.

(4) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4361.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 6/309 و310.

كمن ابتاع مائة إردب فلم يجد إلا خمسين؛ فلا يلزمه أخذه إلا أن يشاء[1].

وليس كالعيب يوجد فلا يكون له إلا أخذ الجميع أو ردّه، كان قليلاً أو كثيراً إن كان بمثله يرد.

وكذلك إن وجد ربع المائة معيباً أو ثلثها، فليس له أخذ غير المعيب بحصته، وإنما له أخذ الجميع أو رده.

وأما لو نقصت أقلها أو استحق أقلها؛ فلا خيار يلزمه ما بقي بحصته، وإنما له الخيار في أن ينقص أو يستحق أكثر الطعام، والصنف هٰهنا كثير خلاف العيب.

قال سحنون في المستخرجة: إذا وجد باليسير عيباً؛ لزم المبتاع السالم بحصته -أراه يعني إذا شاء ذلك البائع- قال: فإن وجده بالكثير؛ فليس لواحد منهما أن يلزم الآخر البيع فيما بقي، إلا باجتماعهما يعني فيما يكال أو يوزن[2].

قال ابن حبيب عن ابن القاسم: نقص عشرة أو عشرين من المائة يسير. يعني فيما يكال أو يوزن.

وفي كتاب البرنامج: ومن ابتاع عدلاً على أن فيه خمسين ثوباً على برنامج فوجد نقصاً فإن كان كالثوبين وما قلَّ؛ لزمه الباقي بحصته.

قيل: فإن نقصت عشرة قال: إذا كان في العدل أكثر مما سميا من الثياب؛ لزمه فيه البيع بحصته من الثمن، وإن كان النقص كثيراً رد البيع بينهما، وإنما قلت لك هذا للذي قال مالك من كيل الطعام، وقد فسر بذلك وما وجد نقصاً فكالاستحقاق[3].

ومن العيوب: فأما العيب يوجد في كثير من العدد، أو فيما يوزن أو يكال، فليس له أخذ السالم بحصته، وإن كانت حصته معلومة؛ لحجة البائع أن يبيع المعيوب بالسالم؛ فإما قبله كله بالثمن أو رده[4].

قال ابن حبيب: قال ابن الماجشون وأصبغ: إن العيب فيه كالنقصان في العدد لا

(1) انظر: المدونة: 7/308.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 7/287.

(3) انظر: المدونة: 7/159و160.

(4) انظر: المدونة: 7/310.

حجة فيه للبائع ويلزمه البيع في السالم منه، ويلزم المبتاع إن كان يسيراً.

ومن بيع الخيار: ومن ابتاع حنطة على خيار النظر، فخرج آخرها مخالفاً للأول الذي رضيه، فأراد رد الجميع فذلك له، وليس للبائع أن يلزمه الجيد منه إن كان الخلاف كثيراً، ولو شاء المبتاع الرضا بالجيد بحصته؛ فليس ذلك له إلا أن يرضى البائع، وكذلك كل موزون أو مكيول ليس للبائع أن يلزم المبتاع الجيد بحصته إلا أن يرضاه[1].

قال غيره: إلا أن يكون الخلاف يسيراً فذلك للبائع.

ومن ابتاع عبداً فاستحق منه جزء قلَّ أم كثر؛ فله الرد بضرر الشركة، بخلاف استحقاق جزء يسير من جملة رقيق ينقسمون [(م: 214/ب)] على ذلك الجزء، وفي الاستحقاق تمام هذا وجزء منه في اختصار القسم وغيره.

فيمن وجد عيباً بعد حدوث عيب عنده أو بعد النماء أو النقص أو بعد الفوت في التدليس وغيره وفي هلاك السلعة بسبب العيب

ومن القضاء ما أصاب السلعة بيد المبتاع، ثم ردها بعيب، فإنه يضمن ما نقصها عنده؛ إذ لم يقبضها على الأمانة، ولما كان له الرضا بها، فإنما له حل ما انعقد له ملكه، والله أعلم. ومن ابتاع عبداً فألفاه معيباً ولم يحدث عنده عيب، فإنما له التمسك به بجميع الثمن أو الرد، إلا أن يفوت بهلاك أو بكبر الصغير أو بهرم الكبير، فذلك من الفوت يوجب له الرجوع بقيمة العيب من الثمن، وكان ما نقصها العيب جزء من الصفقة لم يصل إليه وقد [أدى فيه حصته من الثمن][2] فله الرجوع بذلك على البائع وإن كره، ولا خيار لأحدهما في رد كبير يهرم أو صغير فات بكبر[3].

وما فات ببيع فمذكور بعد هذا في العتق والكتابة والتدبير.

---

(1) انظر: المدونة: 7/112و 113.

(2) ما بين المعكوفين غير مقروء في الأصل، وما أثبتناه من الجامع، لابن يونس.

(3) انظر: المدونة: 7/366 و367.

والأمة تلد من المبتاع والصدقة والهبة لغير الثواب، فهذا كله يوجب القضاء بقيمة العيب.

محمد: والافتضاض كالعيب المفسد[1].

وليس الفراهية[2] فوتاً، ولا تعليم الصناعة النفيسة، ولا فصاحة الأعجمي، وليس للمبتاع إلا التمسك، ولا شيء له أو الرد، ولا شيء له[3].

قال مالك في المختصر: إذا ابتاع دابةً سمينة فعجفت؛ فذلك فوت ويرجع بقيمة ما وجد من عيب، وأما العجفاء تسمن، فقد اختلف في ذلك، وأحب إلينا ألا يكون السمن فوتاً.

ومن المدونة: ولا يفيت الرد به حوالة سوق ولا نماء، أو عيب خفيف يحدث ليس بمفسد، كالرمد والكي والدماميل والحمى والصداع، وإن نقصه ذلك؛ فله رده ولا شيء عليه في مثل هذا[4]؛ وأشهب يخالفه في الحمى والوعك[5].

قال ابن القاسم: وكذلك ذهاب الظفر، وأما زوال الأنملة، فهو كذلك في الوخش خاصة[6].

وأما ما حدث عنده من عيب مفسد، كالقطع والشلل أو قطع الأصبع والعمى والعور أو قطع الأنملة في العلية وشبه ذلك؛ فإنه مخير بين رده بما نقصه ذلك أو التمسك والرجوع بقيمة العيب القديم، فذلك له إلا أن يرضى البائع بأخذ العبد معيباً، ولا يرجع على المبتاع للعيب الحادث عنده بشيء، فذلك له إلا أن يرضى المبتاع بالتمسك به معيباً بجميع الثمن فذلك له.

قال ابن مزين عن عيسى بن دينار: لا خيار للبائع إذا شاء المبتاع التماسك

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 5/15.

(2) في الأصل: (الفراسية)، وما أثبتناه من المدونة.

(3) انظر: المدونة: 7/366 و367، وتهذيب البراذعي: 3/283.

(4) انظر: المدونة: 7/306 و307.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/279.

(6) انظر: المدونة: 7/307، وتهذيب البراذعي: 3/273 و274.

والرجوع بقيمة العيب، وقد حدث عنده عيب آخر[1].

وما حدث عنده بالثياب من عيب، وإن لم يفسدها؛ فإنه لا يردها إلا بما نقصها، ويسير الخرق في الثوب ينقص ثمنه، بخلاف الحيوان إلا ما كان في الثوب لا خطب له.

وإن ابتعت عبداً بخمسين ديناراً فظهرت منه على عيب قديم، وحدث [(م: 215/أ)] به عندك عيب مفسد؛ فإن اخترت أخذ قيمة العيب القديم، قيل: ما قيمة العبد يوم الصفقة صحيحاً، فيقال: مائة، ثم يقال: ما قيمته يومئذ بالعيب الأقدم فيقال: ثمانون فقد نقصه الخمس، فيرجع بخمس الثمن، وهو عشرة دنانير إذ لم يأخذ لها عوضاً، وإن اخترت رده ورد ما نقصه العيب الحادث عندك[2].

فقد علمنا بهذا التقويم أنك إنما قبضت أربعة أخماس العبد نقدت فيها خمسين [وأنه لها][3] من الثمن أربعون، ثم إنا نقوم العبد ثالثة يوم الصفقة بالعيبين، فتكون قيمته ستون فقد انتقض عندك خمس ثان، وهو ربع ما قبضت، فلزمك ذلك الخمس الفائت عندك بحصته من الثمن ويحط عندك ما ينوبه بقيمة العيب القديم، وأنت قد نقدت فيه اثنتي عشر ونصفاً.

ولو حبست العبد كله؛ رجعت بخمس الثمن للعيب فلمالك البيع في ربع ما قبضت وجب أن يسقط عندك له خمس ثمنه وذلك ديناران ونصف فلزمك بعشرة وترجع بأربعين على البائع وترد العبد.

وإذا رددت عبداً بعيب، وكنت ابتعته بثوب أو بعبد، وفات ذلك بيد بائعك بهلاك أو نقص أو [في][4] سوق أو بدن أو بخروج من ملكه أو نحو ذلك من أوجه الفوت؛ فلك عليه قيمته يوم.

وأما المعيب فلا يفيت رده حوالة سوق، وما خف من العيوب، ولو إن بائعك باع سلعتك؛ لم يكن لك الرجوع فيها، ولو كنت نقدته طعاماً أو ما يكال أو يوزن ما يؤكل

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/285.

(2) انظر: المدونة: 7/323، وتهذيب البراذعي: 3/281 و282.

(3) كلمة غير مقروءة في الأصل، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) كلمة غير مقروءة في الأصل، ولعل الصواب ما أثبتناه.

أو يشرب أو لا يؤكل ولا يشرب لرديء بمثله؛ إذ لا فوت فيها له مثل[1].

وإن ابتعت حنطة كانت مبلولة فجفت أو عسلاً أو لبناً مغشوشاً، فلم تعلم حتى أكلت ذلك؛ فلك الرجوع بما بين الصحة والداء، إذ لا يوجد مثله لغشه، ولو وجدتمثله حتى يحاط تعلم ذلك؛ لرددت مثله وأخذت جميع الثمن[2].

قال سحنون: الرجوع بقيمة العيب أحب إلي، والتقويم في قيم العيوب يوم الصفقة؛ لأنه بيع صحيح ضمنه يوم العقد، والقيمة في البيع الفاسد يوم القبض.

ومن ابتاع أمةً فلم يقبضها حتى ولدت عند البائع، ثم قبضها وظهر على عيب قديم، وحدث بها عنده عيب آخر؛ فإنها تقوم إذا شاء الرجوع بقيمة العيب بلا ولد يوم التبايع.

وكل ما حدث بالرقيق والدواب والحيوان عند المبتاع؛ فلا يرده إلا بما نقصه دلس له البائع أو لم يدلس، بخلاف الثياب تقطع وتصبغ وتقصر؛ إذ لهذا اشترى فيفترق فيها التدليس من غيره، ويصير المدلس كالآذن في ذلك، فلا شيء له في الرد مما نقصها، إلا أن يفعل في الثياب ما لا يفعل في مثلها، أو يحدث[3] فيها عيب من غير سببه فلا يرد إلا بما نقصها.

محمد: وكذلك الخشب والجلود تقطع كالثياب[4].

فإن قطع الثياب قمصاً أو سراويلات أو أقبية، ثم ظهر على عيب لم يعلم به البائع؛ فالمبتاع مخير في حبسه والرجوع بقيمة [(م: 215/ب)] العيب أو رده ورد ما نقصه القطع، فإن دلس له به البائع؛ فلا شيء على المبتاع مما نقص القطع أو غيره.

وإن ادعى أن البائع دلس له فأنكره أحلفه[5]، ولو قال البائع: علمت العيب

---

(1) انظر: المدونة: 7/ 325 و326.

(2) انظر: المدونة: 7/ 363، وتهذيب البراذعي: 3/ 303.

(3) في (م): (حدث).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 296 و297.

(5) عياض: قوله: (فإن ادعى المشتري الذي قطع الثوب أن البائع حين باعه علم بالعيب وأنكره البائع.

[وأنسيته حين البيع، حلف][1] أنه نسيه وكان له ما نقصه القطع.

وكذلك الجلود تقطع خفافاً أو نعالاً [وسائر السلع إذا عمل][2] بها ما يعمل بمثلها مما ليس بفساد، فإذا فعل في ذلك ما لا في مثله كقطع [الثوب الموشى][3]خرقاً أو تبابين فذلك فوت يوجب الرجوع بقيمة العيب[4].

وأما إن لبس الثوب [لبساً ينقصه][5] لم يرده إلا بما نقصه اللبس في التدليس وغيره[6]؛ لأنه انتفع به أو يحبسه ويرجع بقيمة العيب، ولا يرد اللبس الخفيف شيئاً إذا لم ينقصه.

وأما إن صبغ الثوب صبغاً ينقصه أو قطعه والبائع مدلس؛ فللمبتاع الرد بلا مغرم، أو التمسك والرجوع بقيمة العيب.

قال محمد: هذا في الصبغ لحجة المبتاع في أن لا يسلم الصنعة التي له فيه، فأما في القطع، وفي كل موضع يكون له الرد بلا غرم ولم يحدث فيه صنعة؛ فلا حجة له، فإما رده ولا شيء عليه، أو أخذه ولا شيء له، وقاله أصبغ[7].

قال: على البائع اليمين) كذا في المدونة.

وفي أصل الأسدية: فإن قال البائع: استحلفوه أنه لم يعلم بالعيب، قال: عليه اليمين، وهذا خلاف ما نصه في الباب أنه لا يحلفه بمجرد الدعوى بالرضى. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1844.

(1) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي: 3/ 301.

(2) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي: 3/ 301.

(3) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وما أثبتناه من تهذيب البراذعي: 3/ 301.

(4) انظر: المدونة: 7/ 362.

(5) ما بين المعكوفين غير واضح في الأصل، وقد أثبتنا ما يقاربه من المدونة.

(6) انظر: المدونة: 7/ 358.

(7) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 280.

عياض: قوله: (في الثوب يشتريه وقد دلس له فيه بعيب فيحدث فيه صبغاً ينقصه أو قطعاً ثم يعلم بالعيب؛ فهو بالخيار إن شاء حبسه، ورجع بقيمة العيب، وإن شاء رده ولا شيء عليه).

ذهب كثير من المتأولين أن جوابه هنا إنما وقع على الصبغ خاصة، وأما القطع فإنما له أن يرد ولا شيء عليه أو يمسك ولا قيام له بالعيب؛ لأنه قد ملك الرد بغير غرم شيء فكأنه لم يحدث عنده =

قال ابن القاسم: ولو فعل في الثوب ما زادت له قيمته من صبغ أو غيره؛ فله حبسه وأخذ قيمة العيب أو رده، ويكون بما زادت الصبغة شريكاً لا بقيمة الصبغة، ولا بما أدى فيها، وسواء ليس في هذا أم لا[1].

وأما الخشبة تقطع فيوجد داخلها معيب؛ فلا رد له، وكذلك كل ما لا يمكن أن يعلم عيبه إلا بعد فساده، وقد تقدم هذا.

وإن ابتعت أمةً ذات زوج علمت به، ثم افتضها الزوج، ثم ظهرت على عيب؛ فلك ردها ولا يغرم لنقص الافتضاض شيئاً؛ لأنها قد تشترى لغير شيء، ولا تتزوج إلا للوطء.

ومن ابتاع أمةً فافتضها؛ فليرد معها ما نقصها الوطء.

وإن ابتعت أمةً فزوجتها، ثم ظهر بها عيب؛ فلك ردها وعليك ما نقصها النكاح ولا فسخ، وإن لم ينقصها؛ فلا شيء عليك، وإن نقصها وقد ولدت وفي قيمة الولد ما يجبر به النقص؛ رددتها ولا شيء عليك.

قال أشهب: لا يجبر النقص بالولد؛ وذلك كالنماء فيها، وقد قال مالك: إن النماء لا يجبر به النقص[2].

وروى ابن القاسم عن مالك في كتاب الوديعة: إن زادت قيمتها؛ فله أن يجبر بما زادت نقص النكاح[3].

كتب يحيى عليها مسألة سوء.

ومن ابتاع أمةً فولدت عنده من غيره، ثم ماتت هي وبقي الولد، واطلع على عيب

=

شيء، وعلى هذا حمل محمد وغيره قوله، وهو المنصوص له في كتاب محمد، وأصول أصبغ.

وقال ابن شاس وغيره: لعل المسألة عنده في قطع يحتاج إلى غرم مما أدى عليه ثمناً؛ كقطع الديباج وشبهه مما يحتاج إلى تدبير وتخليص صنائعه، وصوره فهذا سبيله سبيل الصبغ.

قال غيره: وهذا على أحد القولين في أن له القيام فيما غرم بتعليم الصناعة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1854 و1855.

(1) انظر: المدونة: 7/362.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/283.

(3) انظر: المدونة: 10/377 و388.

كان بالأمة؛ فليس له رده الولد مع قيمة الأم، وله الرجوع بقيمة العيب.

قال أشهب: إلا أن يقول البائع: أنا آخذ الولد وأرد جميع الثمن؛ فذلك له إلا أن يتماسك المبتاع بالولد ولا يرجع بشيء[1].

ولو لم تفت الأم؛ لم يكن له أن يرد أحدهما دون الآخر.

وإذا ابتعت عبداً به عيب لم تعلم به، فهلك بيد البائع، أو نقص بعد البيع من غير العيب؛ فذلك منك حتى ترده بقضاء أو يبرئك [(م: 216/أ)] منه البائع بتراض، وأما العبد الغائب يباع على صفة فهو من البائع.

وكل عيب دلس به البائع، فهلكت السلعة بسبب ذلك العيب أو نقصت؛ فضمان ذلك من البائع، كالتدليس بالمرض لا يقوم به ولا يعلم أنه قديم حتى يموت منه، أو بالسرقة فيسرق فتقطع يده، فيحيى أو يموت من ذلك أو بالإباق فيأبق فيهلك، وهذا بعد قيام البينة بأن العيب قديم، وأن البائع باع بعد علمه به.

ومن كتاب محمد: قال ابن القاسم وأشهب عن مالك: إذا أبق ولم يذكره له فهلك فله الرجوع بالثمن إن دلس له بالإباق[2].

قال ابن شهاب: وكذلك إن دلس بالجنون، فخنق فمات[3].

ولو دلس بإباق فسرق فقطعت يده؛ لم يرده إلا ما قبضه أقطع.

ولو دلس بحمل فماتت منه ولم يعلم به المبتاع؛ فله الرجوع بالثمن، ولو علم فلم يردها حتى ماتت منه كانت من المبتاع[4].

محمد: قال أشهب: ولا رجوع له بثمن، ولا قيمة عيب.

قال أشهب: إلا أن يبادر في الطلب ولم يفرط لقرب ذلك، أو يعلم عند ما ضربها الطلق فطلب الرد فلم يصل إليه، أو إلى السلطان حتى ماتت فهي من البائع.

وكذلك لو مضى بعد علمه وقت في مثله ما ترد ولكنه لا يعد فيه راضياً لقربه

(1) انظر: المدونة: 7/317، النوادر والزيادات: 6/283و 284.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/295.

(3) انظر: المدونة: 7/322.

(4) انظر: المدونة: 7/334.

كاليوم ونحوه ويحلف أنه لم يكن منه رضاً، وإذا لم يدلس له البائع فإنما له الرجوع بما بين الصحة والداء(1).

وفي اختصار بيع الخيار مسألة من هذا المعنى، قيل لمالك: فمن دلس بمرض فمات منه، فقال: ومن يعلم أنه مات منه.

فيمن وجد عيباً بعد ما باع أو آجر أو رهن أو بعد ولادة الأمة أو الغنم أو بعد أخذ الغلة وجداد الثمرة وجز الأصواف ومن سار أو انتفع به بعد علمه بالعيب

قال الرسول ﷺ: «الخراج بالضمان»(2) فلما كان المبتاع ضامناً كانت الغلة له، وكان ما أحدث فيها من بيع وغيره مما يفيتها ماضياً، وكان له فيما يظهر من عيب الرجوع بحصته من الثمن؛ لأنه لم يقبض لتلك الحصة عوضاً من السلعة.

قال ابن القاسم: من ابتاع أمةً بها عيب لم يعلم به حتى أعتقها أو تصدق بها أو وهبها لغير ثواب، أو كاتب أو دبر أو ولدت منه؛ فذلك فوت يوجب له الآن قيمة العيب.

وأما إن باعها أو وهبها لثواب أو آجرها أو رهنها ؛ فليس له الآن رجوع العيب، وإذا زالت من الإجارة أو الرهن يوماً ما؛ فله ردها بالعيب، وإن نقصت رد معها ما نقصت عنده.

قال أشهب: وإن افتكها حين علم بالعيب؛ فله ردها وإلا رجع بما بين الصحة والداء.

قال ابن القاسم: ولو باعها بأقل مما ابتاعها به فلا قيام له؛ لأنه إما عالم بالعيب قبل البيع فيعد ذلك رضا به، وإما غير عالم به فإنه لم ينقص من الثمن بسببه(3).

ولو ادعيت بعد بيعك الأمة، أو العبد أن عيباً [(م: 216/ب)] كان بهما عند

---

(1) انظر: المدونة: 334/7 و335.

(2) تقدم تخريجه.

(3) انظر: المدونة: 316/7.

بائعك، فليس لك خصومته الآن؛ إذ لو ثبت ذلك لم أرجعك عليه، فأما إن رجع إليك العبد أو الأمة بشراء أو بهبة أو غيرها؛ فلك القيام بالعيب.

قال أشهب: إن رجع إليك العبد بشراء فلك رده على بائعه منك آخراً؛ لأن عهدتك عليه، ثم هو مخير في الرضا به أو رده عليك؛ لأن عهدته عليك، فإن رده عليك رددته إن شئت على بائعك الأول.

قال سحنون: فإن لم يرده عليك؛ فلا رجوع لك على بائعك الأول عند ابن القاسم.

وقال غيره -وهو أشهب-: إن كنت بعته من هذا الراضي بالعيب بأقل مما ابتعته به رجعت على بائعك الأول من تمام ثمنك أو من قيمة العيب من ذلك الثمن، وإن بعته بمثل الثمن فأكثر فلا رجوع لك.

قال: وإن لم ترده أنت على بائعه منك آخراً؛ فلك رده على بائعك الأول وأخذ ثمنك، ثم لا رجوع لك بقيمة العيب على البائع منك آخراً، فلك رده على بائعك الأول وأخذ ثمنك، ثم لا رجوع لك بقيمة العيب على البائع منك آخراً لأخذك الأول بالعهدة، ولو أن المبتاع له منك آخراً باعه منك بأقل مما ابتاعه به منك، فله الرجوع بتمام ثمنه عليك لا بالأقل؛ لأن له رده عليك هٰهنا وهاهو ذا في يديك.

ولو باعه من غيرك بأقل مما ابتاعه به منك فرضيه؛ لم يرجع عليك هاهنا إلا بالأقل، ولو وهبكه المبتاع منك أو تصدق به عليك؛ لرجع عليك بقيمة العيب من الثمن الذي بعته به منه، ثم لك رده على بائعك الأول، وأخذ جميع الثمن منه.

ولا يحاسبك ببقية الثمن الذي قبضت من واهبه إياك بعد الذي رددت إليه منه لقيمة العيب؛ لأن ما بقي بيدك من الثمن هبة منه لك، ولو ورثته من مبتاعه منك كان لك رده على البائع الأول وأخذه بجميع الثمن؛ لأن ما وجب للميت عليك قد ورثته عنه.

قال ابن القاسم: وإذا اشتريت عبداً، ثم بعت العبد من الذي باعكه بمثل الثمن؛ فلا تراجع بينكما في تدليس ولا غيره، وإن بعته منه بأقل من الثمن قبل علمك بالعيب؛

رجعت عليه بتمام الثمن دلس لك به أم لا[1].

محمد: إلا بالأقل بخلاف الأجنبي.

وإن بعته منه بأكثر من الثمن، فإن كان دلس لك به ؛ فلا رجوع له عليك، وإن لم يدلس؛ فله رده عليك وأخذ ثمنه ثم لك رده عليه، وأخذ ثمنك فتتقاصان إن شئتما به، وإن وهبته لبائعه منك رجعت عليه بقيمة العيب من الثمن.

قال: وإن بعت نصفه من أجنبي ثم علمت بالعيب ؛ فالخيار هاهنا للبائع لضرر الشركة فيه في أن يغرم لك نصف قيمة العيب، أو يقبل نصف العبد بنصف الثمن، ولا شيء عليه للعيب.

وإن بعت عبداً من رجلين، فباع أحدهما حصته من صاحبه، ثم ظهر على عيب كان عندك، فللذي ملك جميعه رد النصف عليك، وأخذ نصف الثمن ولا يرد عليك النصف الذي ابتاع من شريكه، إلا أن يرده هو على شريكه، فيكون لشريكه رده عليك بعد رجوعه [(م: 217/أ)] إليه لا قبل ذلك.

ومن كتاب القسم: ومن ابتاع عبداً، فباع نصفه، ثم استحق رجل ربع جميع العبد، فالاستحقاق شائع فيما باع منه وفيما أبقى، وللمشتري الثاني إن شاء أن يرجع على المشتري الأول على بائعه مثل ذلك[2].

قال سحنون: وهذا خطأ، ولا يقع الاستحقاق إلا على ما بقي بيده دون ما باع، ويرجع المشتري الأول على بائعه بقدر ما استحق منه.

وعلى قول ابن القاسم: كيف جعل للمشتري الثاني رد بقية نصف العبد، وإنما استحق يسيراً من صفقته، ولا حجة له أنه عبد؛ لأنه على ضرر الشركة دخل فتدبره.

ومن كتاب الخيار: ومن ابتاع ثوباً فوجد به عيباً، ثم لبسه فذلك رضاً بالعيب، ولو تسوق بالدابة أو سام بالثوب ؛ فذلك رضا بالعيب[3].

---

(1) انظر: المدونة: 7/341 و342.

(2) انظر: المدونة: 10/67 و68.

(3) انظر: المدونة: 7/107 و109.

قال مالك في غير المدونة: فأما الدابة يركبها في السفر حيث لا عوض منها؛ فلا يلزمه بذلك عيبها[1].

ومن التدليس: والأمة إذا ولدت ثم ردت بعيب؛ رد ولدها معها، وكذلك ما ولدت الغنم والبقر والإبل، وليس عليك شيء فيما جززت من أصوافها وأوبارها أو حلبت من لبنها أو انتفعت به من زبد أو سمن؛ لأن ذلك غلة وسواء كان بيدك أو قد فات.

وكذلك في البيع الفاسد؛ يرد ولا شيء عليك من الغلات فيه، وأما الولد فيفيت البيع الفاسد ويوجب القيمة، ولو كان صوف الغنم يوم الصفقة تاماً؛ رددته معها أو مثله إن فات.

ولا ترد للبن شيئاً، وإن كان في الضروع يوم التبايع وذلك خفيف، ولو كانت نخلاً فجددتها زماناً ثم رددتها بعيب؛ فلا شيء عليك للثمرة، إلا أن تكون يوم الشراء مأبورة فتشترطها؛ فإنك تردها ولك أجر سقيك وعلاجك فيها، ولما لم تكن لك واجبة إلا باشتراط صحَّ أن لها من الثمن حصة ولم ألزمها لك بحصتها من الثمن كسلعة ثانية[2].

محمد: وإن كانت أكثر ثمناً[3].

قال ابن القاسم: فيصير إذا أفردت بيع ثمرة لم يبد صلاحها، وهي كمال العبد إن انتزعته رددته معه حين ترده بعيب، وإن هلك المال قبل انتزاعك؛ لم يلزمك له نقص من ثمنك إن رددته بعيب، وكذلك ما يأتي على الثمرة من أمر الله سبحانه قبل جدادها[4].

قال أشهب: إن الثمرة وإن أبرت، والصوف وإن تم يوم الصفقة، فهما غلة لا يرد

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 301، البيان والتحصيل، لابن رشد: 8/ 265.

(2) انظر: المدونة: 7/ 369، وما بعدها.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 319.

(4) انظر: المدونة: 7/ 371 و372.

ذلك في رده بالعيب[1].

قال ابن القاسم: وإن رددت عبداً أو داراً بعيب؛ كان ما اغتللت منهما لك بضمانك[2].

قال ابن شهاب: وكذلك الدابة تسافر عليها ثم تردها بعيب؛ فلا كراء عليك[3].

وإذا ولدت الأمة ثم مات الولد؛ فلك رد الأم بالعيب، ولا شيء عليك للولد، إلا أن تنقصها الولادة، فيرد ما نقصها كعيب حادث، ولو ماتت أو قتلت وبقي الولد؛ فليس لك إلا قيمة العيب من الثمن بعد أن تقوم الأم يوم الصفقة بغير ولد.

قال أشهب: إلا أن تأخذ في الأم حين قتلت مثل الثمن الذي ترجع به، فلا حجة لك؛ لأنها لو ماتت بغير قتل، فقال البائع: أنا آخذ الولد على أن أرد جميع الثمن؛ فذلك له، إلا أن تتماسك أنت بالولد بغير [(م: 217/ب)] شيء، فذلك لك، فإذا كان بيدك مثل الثمن والولد زيادة؛ فلا حجة لك[4].

وقد كتبت في آخر البيوع الأول مسائل في ضمان ما هلك بعد الصفقة من الأشياء المعيبة أكثرها من كتاب التدليس.

ومن كتاب ابن المواز: قال ابن القاسم: من اشترى عبداً، ثم باعه وبه عيب قديم لم يعلم به، ففات عند المشتري الآخر؛ فله الرجوع على بائعه بقيمة العيب من ثمنه، ثم لبائعه الرجوع على البائع الأول بالأقل مما غرم، أو من قيمة العيب من الثمن الذي اشترى هو به.

قال ابن المواز: بالأقل من ثلاثة أوجه مما أدى أو من قيمة العيب من الثمن الأول أو من بقية رأس المال[5].

---

(1) انظر: المدونة: 9/150.

(2) انظر: المدونة: 7/354.

(3) انظر: المدونة: 7/372.

(4) انظر: المدونة: 7/317، النوادر والزيادات: 6/283 و284.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 6/303.

محمد: قال ابن القاسم: من باع عبداً دلس فيه بالإباق، فباعه المشتري الآخر، ولم يعلم فأبق عند المشتري الآخر والبائع الثاني عديم، قال: يؤخذ الثمن من البائع الأول، فيدفع منه إلى المشتري الآخر ثمنه، فما فضل منه فللبائع الثاني، وإن لم يوجد البائع الأول؛ لم يرجع على الثاني إلا بقيمة العيب، فمتى وجد البائع الأول؛ أخذ منه الثمن، فأعطى منه المشتري الآخر بقية رأس ماله، وكان ما بقي للمشتري الأول.

قال: ولو وجد الأول فأخذ منه الثمن، فكان أقل من ثمن الآخر؛ لم يكن له غيره، ولا رجوع له على البائع الثاني بشيء، إلا أن يكون ذلك أقل من قيمة العيب من ثمنه، فله الرجوع على بائعه بتمام قيمة العيب.

قال سحنون في كتاب ابنه في الأقضية: إن كان الثمن المأخوذ من الأول أقل من رأس مال المشتري الآخر، رجع على الأوسط بالأقل من تمام ثمنه، أو من قيمة عيب الإباق.

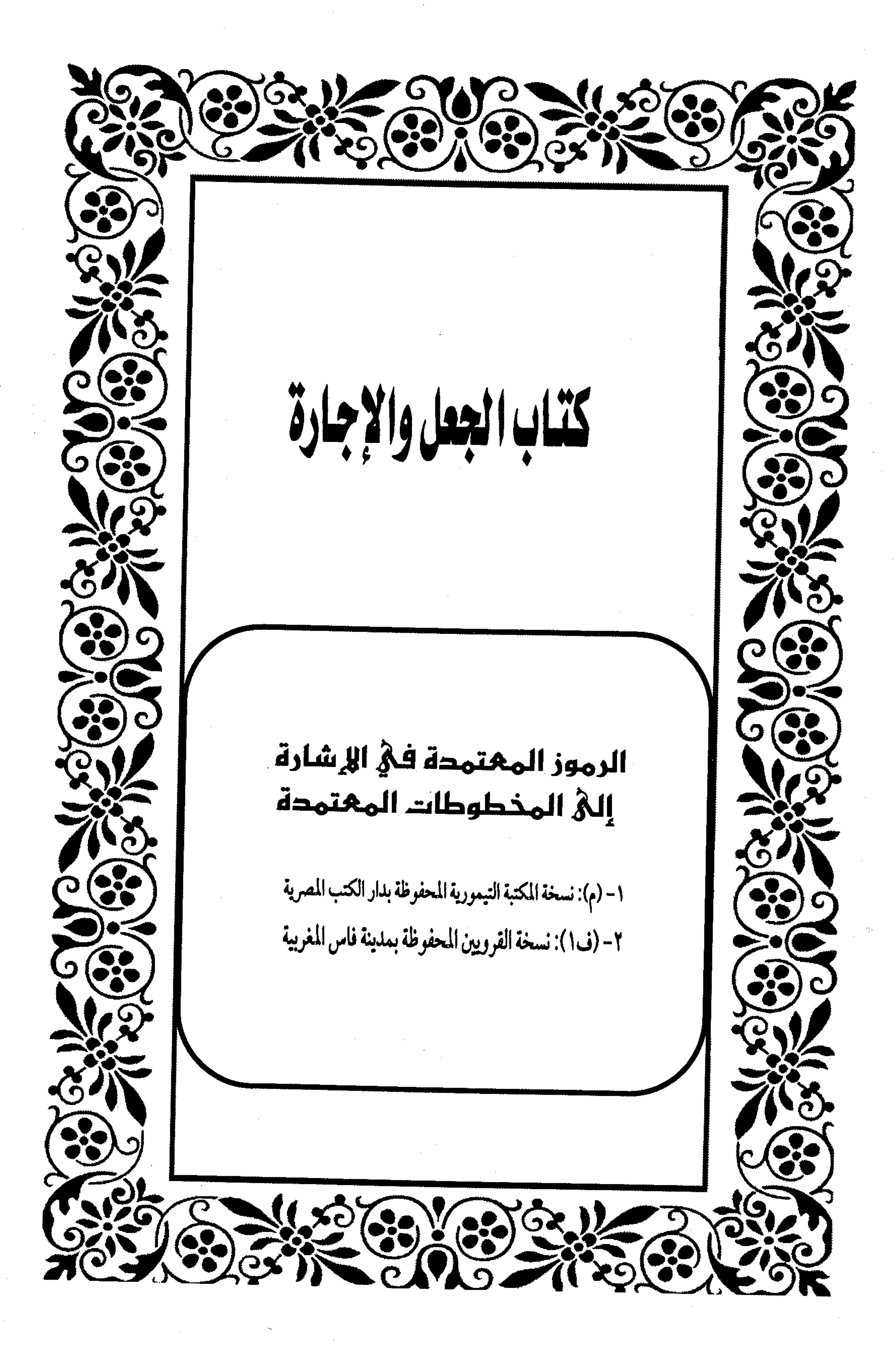
قال ابن المواز بعقب قول ابن القاسم: لا يعجبني هذا: والجواب عندنا أن ليس للمشتري في الآخر إلا قيمة عيب الإباق، ثم ليس للبائع الثاني على الأقل إلا ما غرم للمشتري الآخر، ما لم يكن ذلك أكثر من الثمن كله الذي اشتراه به من الأول[1].

كمل كتاب التدليس

والحمد لله رب العالمين



(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/230، وما بعدها.



كتاب الجعل والإجارة

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١ - (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية

٢ - (ف١): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية



كتاب الجعل والإجارة[1]

جامع ما يحل ويحرم في الإجارة من عقد أو شرط، والإجارة على عمل شيء ببعضه[2]، وفسخ الإجارة في غيرها، وما دخل في ذلك من معاني الجعل

قال الله سبحانه: ﴿قَالَتْ إِحْدَىٰهُمَا يَٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ﴾ [سورة القصص آية: 26] إلى قوله: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ﴾ [سورة القصص آية: 27]، فذكر تأجيل الإجارة وسمّى عِوضها.

وقال سبحانه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [سورة الطلاق آية: 6]. [(م: 218/أ)]

وقال الرسول ﷺ: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»[3].

---

(1) عياض: قال أهل اللغة: يقال: أجرت فلانا، وآجرته بالمد والقصر، وكذلك آجره الله وأجره وهما بمعنى، وأصلها الثواب، وأنكر بعضهم في الإجارة المد والقصر وهو صحيح، حكاهما غير واحد.
والإجارة: بيع منافع معلومة، بعوض معلوم، وهي معاوضة صحيحة، يجري فيها جميع ما يجري في البيوع من الحلال والحرام، وأما الجُعل فرخصة، وأصل منفرد لا يقاس عليه، وهو أن يجعل الرجل للرجل أجراً معلوماً ولا ينقده إياه على عمل يعمله له معلوم أو مجهول مما فيه منفعة للجاعل على خلاف في هذا الأصل على أنه إن عمله كان له الجعل، وإن لم يتم فلا شيء له مما لا منفعة فيه للجاعل إلا بعد تمامه.
وقد أنكر هذا العقد جماعة من العلماء، ورأوه من الغرر والخطر.
والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [سورة يوسف آية: 72] مع العمل من كافة المسلمين به. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1945.

(2) في (م): (بصفة).

(3) ضعيف: أخرجه أبو حنيفة في مسنده: 1/89، والبيهقي في السنن الكبرى: 6/120، في باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة، من كتاب الإجارة، برقم(11431)، عن أبي هريرة ﷺ، والدارقطني في الأفراد: 4/106، برقم(3723)، والديلمي في مسند الفردوس: 1/307، برقم(1214)، عن ابن مسعود ﷺ، وقال المناوي: 1/273، فيه عبد الأعلى بن أبي

وفي حديث آخر: «**فليؤاجره بأجر معلوم إلى أجل معلوم**»[1].

فالإجارة كالبيع فيما يحل ويحرم.

فلا[2] بأس بالإجارة في الأعمال إذا سمّى الثمن، ووصف العمل وضرب الأجل، ومن ذلك ما يكون المتعارف فيه يغني عن الصفة كالخدمة وشبهها.

ومن الأعمال التي يشرع فيها ما يقوم المتعارف من أمد الفراغ منها مقام ضرب الأجل، كالخياطة والنسج وغيره.

قال ابن القاسم: والإجارة جائزة على بيع قليل السلع وكثيرها، وأعكام البز وكثير الطعام والعروض، إذا ضرب للبيع أجلاً، وإلا لم يجز على الإجارة، إلا أنه وإن ضرب الأجل للبيع وسمّى الأجر؛ فلا يجوز النقد في هذا؛ لأنه يؤول إلى بيع وسلف، إذا باع في نصف الأجل رد نصف ما قبض؛ لأنه إذا باع في ثلث الأجل أو نصفه، فإنما له حصة ذلك من الأجر[3].

وكذلك في كحّال العين الوجعة[4] شهراً لا ينتقد[5]، فإن تم الأجل، ولم يبع السلعة، ولم تفق العين؛ فله الأجر كاملاً[6].

ولو أنه لما مضى من الأجل يومان، أراد قبض حصتهما من الأجر؛ كان ذلك له.

وكذلك الإجارة على بيع ثوب واحد وليس لأحدهما ترك الإجارة حتى يتم الأجل، والجعل بخلاف ذلك يدعه العامل متى ما شاء، ولا يكون مؤجلاً[7].

=

المساور، قال أبو داود والنسائي: متروك، وابن أبي شيبة: 4/366، في من كره أن يستعمل الأجير حتى يبين له أجره، من كتاب البيوع والأقضية، برقم(21109)، عن أبي هريرة وأبو سعيد رضي الله عنهما.

(1) لم أقف عليه. ورواه البيهقي (6/120) ونصب الراية (4/ 1431) وإتحاف (5/459).

(2) في (ف1): (ولا).

(3) انظر: المدونة: 8/35 و36.

(4) في (م): (الموجعة).

قال ابن منظور: (الوَجَع اسم جامِعٌ لكل مَرَضٍ مُؤْلِمٍ). لسان العرب: 8/379، تركيب: (وجع).

(5) في (م): (تنتقد).

(6) انظر: المدونة: 8/63.

(7) انظر: المدونة: 8/35.

ولا يجوز على كثير السلع، ولا على ما فيه مشقة سفر من قليلها، ويجوز في قليلها بالبلد، مثل الدابة أو العبد أو الثوب، والثوبين ونحو ذلك؛ إذ لا يقطعه ذلك عن شغله، فإن باع؛ أخذ ولا شيء له إن لم يبع، وبعد هذا للجعل باب.

وكل ما جاز فيه الجعل[1] جازت فيه الإجارة، وليس كل ما جازت فيه الإجارة يجوز فيه الجعل.

ولا بأس باجتماع بيع مع[2] إجارة، ولا يجوز بيع مع جعل، ولا[3] إجارة وجعل معاً[4].

ولا بأس بالإجارة على بيع سلع كثيرة شهراً، على أنه متى شاء ترك؛ لأنها إجارة على خيار وليست بجعل، ولكن لا يجوز أن ينقد[5]، وإن باعه نصف[6] هذه الثياب أو الدواب أو غيرها، على أن يبيع له النصف الآخر؛ جاز بالبلد[7] إن ضرب أجلاً، إلا في الطعام[8].

قال سحنون: لأنه قبض إجارته، وهي طعام لا يعرف[9] بعينه، وقد يبيع لي في[10] نصف الأجل فيرد حصته، فتصير إجارة وسلفاً[11].

---

(1) قوله: (الجعل) ساقط من (ف1).

(2) في (ف1): (و).

(3) في (م): (أو).

(4) قوله: (وجعل معاً) يقابله في (ف1): (مع جعل)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/34، وتهذيب البراذعي: 3/341.

(5) في (م): (ينتقد).

(6) زاد بعده من (م) قوله: (الشهر).

(7) قوله: (جاز بالبلد) ساقط من (م).

(8) انظر: المدونة: 8/33.

(9) في (م): (ينتقده).

(10) قوله: (في) ساقط من (م).

(11) في (ف1): (سلفا).

عياض: وقوله في مسألة: (أبيعك نصف ثوب على أن تبيع لي نصفه، ذلك جائز، إذا ضرب أجلاً ثم قال: ولو قال أبيعك أو نصف هذا الثوب أو نصف هذا الحمار على أن تبيع لي النصف الآخر، بموضع كذا، أوقال: أبيعك نصف هذا الطعام وهو بالفسطاط على أن تخرج به كله إلى بلد آخر =

يريد: وكذلك كل ما لا يعرف بعينه.

ولا يجوز في السلع بيع نصفها على أن يبيعها ببلد آخر، وإن كانا بالبلد ولم يضربا أجلاً لم يجز؛ لأنه في اليسير، كالدابة والثوب والثوبين يدخله جعل وبيع، وفي الكثيرة لا يجوز فيها الجعل، فصارت إجارة غير مؤجلة فأفسدتها مع ما[1] عُقَد[2] معها من بيع[3].

ورويَ لمالك قول آخر: أنه لم يجز بيعك نصف ثوب، على أن يبيع لك النصف الآخر، -يريد: وإن كان[4] بالبلد- وإنك وإن[5] ضربت أجلاً؛ كان أحرم له[6].

=

فتبيعه، قال: قال مالك: لا يجوز هذا.

ثم قال: ولو قال له: أبيعك نصف هذه الأشياء التي سألتك عنها على أن تبيع لي نصفها في الموضع، حيث بعته السلعة، قال: لا بأس به) ضرب في كتاب ابن وضاح على ذكر الطعام من المسألة الأولى من قوله: أو قال أبيعك نصف هذا الطعام إلى قوله قال: قال مالك؛ لعلة البيع والسلف.

قال يحيى بن عمر: وخطه سحنون؛ قال: وإنما تصح المسألة بطرحه لعلة البيع والسلف. وقال فضل: وهذا فيما لا يكال ولا يوزن، فأما ما يكال ويوزن فلا يجوز؛ لأنه إن باعه دون الأجل رجع عليه في بعض ما باع فصارت بيعاً وسلفاً... وقال فضل: أصلحت في المدونة، وأصلها لابن وهب، وعبد العزيز ابن أبي سلمة أنها إنما تجوز فيما لا يكال ولا يوزن... قال ابن لبابة: أحسبه يريد: ضرب أجلاً أم لا، في بلده أو في غير بلده وله من الأجل إن لم يضرب قدر ما يباع إليه.

وقال ابن حبيب: إن كان ذلك فيما لا ينقسم جاز إن ضرب أجلاً ولا خير فيه فيما ينقسم، وإن ضرب الأجل؛ لأنه كأنه اشترى منه ثمن نصف ذلك... وفي حاشية كتاب ابن عتاب، هذا المعلم عليه أدخله سحنون، وكانت روايته عن ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس به في الطعام وغيره قال القاضي: وكذا في مدونة ابن عتاب وابن المرابط آخر المسألة: ابن وَهْب، وقاله عبد العزيز بن أبي سلمة.

قال بعضهم - ونحوه لمحمد -: ولو كان حين ضرب الأجل شرط عليه إن باع هذا النصف قبل تمام الأجل جاءه بطعام آخر ليبيعه إلى الأجل جاز في كل شيء، إذا استعمله في مثل ذلك. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1947، وما بعدها.

(1) قوله: (ما) ساقط من (ف1).

(2) في (م): (عقد).

(3) انظر: المدونة: 8/34 و35.

(4) في (م): (كانا).

(5) في (ف1): (إن).

(6) انظر: المدونة: 8/36.

=

يريد: كمن اشترى شيئاً بعينه[1] لا يقبضه إلا إلى أجل، وإن أطلقت فيه يده؛ فقد بقيت نصفه[2]، ويبيع النصف الآخر في نصف الأجل.

ومن غير المدونة: وإن باعه[3] نصف ثوب بعشرة دراهم، على أن يبيع له النصف الآخر شهراً، فباعه في نصف شهر، فإنه ينظر [(م: 218/ب)] كم قيمة بيعه شهراً؟ فيقال: درهمين.

فكأنه باعه نصفه بعشرة دراهم، وبدرهمين من قبل الإجارة، وهو سدس الثمن، فوقع لها سدس الصفقة، فلما باع في نصف الأجل؛ انفسخ نصف الإجارة بقية الأجل وانفسخ بذلك[4] نصف سدس الصفقة، فيرجع عليه[5] بنصف قيمة سدسها وهو ربع سدس قيمة الثوب كله.

قال ابن المواز: يرجع بذلك ثمناً[6].

قال يحيى بن عمر[7]: إلا أن تكون السلعة قائمة، فيكون شريكاً له فيها.

أرى يحيى يريد بقوله: قائمة يريد نصف الثوب الذي ابتاعه الأجير أولاً بقي بيده؛ لأن نصف رب[8] الثوب قد بيع في نصف الأجل.

ومن المدونة: قال ابن القاسم: وإن باعه سلعة على أن يتجر له بثمنها سنة؛ كان

= عياض: وقوله في ذلك: (فإذا ضرب الأجل فهو أحرم له) ؛ لأنه تحجير، ومقتضاه سلعة معينة لا ينتفع بقبضها إلى أجل، فكأنه من بيع المعين إلى أجل يقبض إليه، وكأنه تحجير للنصف الذي اشتراه منه. قال ولأنه لا يدري ما باع به نصف ثوبه، إنما سمى له، أم بشيء آخر ؟ لأنه إن لم يبع رجع عليه في نصف المبيع، بما يقع للإجارة، وكذلك إن باعه في بعض الأجل. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1948و1949.

(1) في (م): (بنصف).

(2) في (ف1): (نصفها).

(3) في (ف1): (باع).

(4) قوله: (وانفسخ بذلك) يقابله في (م): (فانفسخ قدر).

(5) قوله: (عليه) زيادة من (ف1).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 12/7.

(7) قوله: (بن عمر) زيادة من (ف1).

(8) قوله: (رب) ساقط من (ف1) وهي في الجامع، لابن يونس.

كمن آجره على أن يتجر له[1] بهذه المائة دينار[2] سنة، أو يرعى له هذه الغنم سنة، فإن شرط خلف ما هلك، أو تلف منها في العقد؛ جاز[3] وإلا لم يجز.

فإن شرط ذلك، فهلك من ذلك شيء، فأبى ربه خَلَفه؛ قيل له: أوفِ الإجارة، واذهب بسلام[4].

قال ابن القاسم[5]: ولو آجرته على رعاية مائة شاة غير معينة؛ جاز، وإن لم يشترط خلف ما مات منها[6].

ولك خلف ما مات بالقضاء، وإن كانت معينة؛ فلا بد من الشرط، وليس لك أن تزيد فيها

وجاز النقد في رعاية الغنم سنة؛ لأنه يشترط خلف ما مات منها، ومن أجاز ذلك بغير اشتراط، فهو يقول: إن الحكم يوجب ذلك، ومؤن رعاية الغنم واحدة.

والثياب ليست كذلك، وبيع الثياب إنما يؤاجر على بيعها على أنه إن باع دون الأجل؛ أخذ حصة ذلك من الأجر، ففسد النقد فيه، والغنم لا بد فيها من تمام المدة، فجاز النقد فيها[7].

وباقي القول في الرعاية في باب[8] بعد هذا.

قال سحنون: يجوز في المعينة من غنم أو دنانير، وإن لم يشترط خلف ما هلك،

---

(1) قوله (يتجر له) يقابله في (م): (يتحر).

(2) في (ف1): (الدينار).

(3) عياض: وقوله: (فيمن باع سلعة بثمن على أن يتجر له بثمنها سنة: إن كان شرط خلف المال إن تلف جاز)، فيه دليل على أن السمسار والأجير غير ضامن لما بيده مما يشتري به أو يبيع، وانظرها في آخر كتاب العيوب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1946.

(4) انظر: المدونة: 29/8، وما بعدها.

(5) قوله: (قال ابن القاسم:) زيادة من (ف1).

(6) انظر: المدونة: 88/8 و89.

(7) قوله: (وجاز النقد في... فجاز النقد فيها) ساقط من (ف1).

(8) في (م): (الباب).

والحكم يوجب خلف ما هلك[1].

قال ابن القاسم:[2] وإن آجرته على حمل طعام بينكما إلى بلد يبيعه بها، على أن عليك له كراء حصتك وسمّيتما ذلك، فإن شرطت ألا يميز حصته منه قبل البلد؛ لم يجز.

فإن نزل ذلك وباع الطعام؛ كان له أجر مثله في حصتك، وإن كان على أنه متى شاء ميزها قبل أن يصل أو يخرج؛ جاز إن ضرب للبيع أجلاً.

أراه يريد: ضرب أجلاً بعد الوصول إلى البلد ويريد: ولا ينقد إجارة البيع.

وكذلك إن آجرته على طحينه فإن[3] كان على ألا يطحنه إلا مجتمعاً؛ لم يجز وله أجر مثله، وإن كان إذا شاء أفرد حصته؛ جاز.

وكذلك على رعاية غنم بينكما؛ يجوز إن كان لأحدكما أن يقسم أو يبيع متى شاء، وضرب للرعاية أجلاً، وشرط خلف ما مات من حصته.

قال غيره: ويكون إذا قسمت تساوي العدد[4].

ولا يجوز أن تؤاجره على نسج غزل[5] بينكما؛ إذ لا يقدر[6] على بيع حصته منه حتى ينسجه[7].

ولا يجوز[8] أن يحمل لك طعاماً إلى بلد كذا بنصفه إلا أن تنقده نصفه مكانك؛ لأنه شيء بعينه بيع على أن يتأخر قبضه إلى أجل.

ولا يجوز أن تؤاجره[9] على دبغ جلود أو عملها، أو نسج ثوب،

---

(1) انظر: منتخب الأحكام لابن أبي زمنين: 2/948 و949.

(2) قوله: (قال ابن القاسم:) زيادة من (ف1).

(3) في (م): (إن).

(4) انظر: المدونة: 8/44 و45.

(5) في (ف1): (ثوب).

(6) في (م): (تقدر).

(7) في (م): (تنسجه).

(8) في (م): (تجوز).

(9) في (م): (تؤاجر).

على أن[1] نصف ذلك له[2] إذا فرغ؛ إذ لا يدري كيف يخرج؛ وإذ لا يقبض نصفه إلا بعد الفراغ.

وإن قال له: انسج لي هذا الغزل بغزل آخر عجله له؛ جاز ذلك، ولا يجوز أن تؤاجره على نسج ثوب بكذا، على أن يسلفك فيه رطلاً؛ لأنه بيع وسلف[3].

وإن آجره على تعليم عبده الكتاب، أو القرآن سنة وله نصفه؛ لم يجز، إذ لا يقدر على قبض ذلك [(م: 219/أ)] قبل السنة، وقد يموت العبد فيها، فيذهب عمله باطلاً.

والإجارة على تعليم العبد الخياطة، والقصارة أو غيرها؛ جائزة بأجر مسمى أو بعمل العبد سنة.

قال غيره: وبأجر مسمى أجوز[4].

قال يحيى: والسنة محسوبة من يوم أخذه.

وإن قال له: احصد زرعي هذا ولك نصفه؛ أو جذ تمري هذا ولك نصفه؛ فذلك جائز[5]، وليس له تركه؛ لأنها إجارة.

---

(1) زاد بعده من (ف1) قوله: (لك).

(2) قوله: (له) ساقط من (ف1).

(3) انظر: المدونة: 8/40 و41.

(4) انظر: المدونة: 8/57، وما بعدها.

(5) عياض: وقوله في الذي قال: (احصد زرعي ولك نصفه: هو أجير بنصف هذا الزرع؛ لأنه لو باع نصفه كان جائزاً).

وقوله بعد هذا: (فهو حين يحصده وجب له نصفه) ؛ استدل بعضهم من هذا على أن بيع الزرع محصوداً جائز؛ لأنه يحزر حزمه وقبضه، وهي رواية ابن نافع وأشهب عن مالك.

وروى ابن القاسم عنه أنه: (لا يجوز).

ظاهر قوله هنا: فهو حين حصده وجب له نصفه أنه إنما وجب له نصفه بعد حصاده، والذي يأتي على أصولهم أنه إنما وجب له بالعقد؛ ألا تراهم كيف جعلوا ما هلك قبل حصاده وبعد حصاده من الأجير.

وأما استدلالهم بجوازه من هنا فبعيد؛ لأنه إنما باع منافعه في حصاده بنصفه، فإنما يحصد له نصفه، ويحصد له النصف الآخر لنفسه، ولهذا كان ضمانه منه، وأيضاً فإنه إنما استأجره به وهو قائم يراه، ويحزره ولا خلاف في جواز بيعه قائما والاستئجار به وتأمل قوله في الباب، (قلت: فما الفرق بين

وكذلك لقط الزيتون، وهو كبيع نصفه، وإن قال: فما لقطت أو حصدت فلك نصفه؛ جاز وله الترك متى شاء؛ لأن هذا جعل، وغيره لا يجيز هذا.

وإن قال: احصده اليوم أو التقطه اليوم، فما اجتمع فلك نصفه؛ لم يجز؛ إذ لا يجوز بيع ما يحصد[1] اليوم، فلا أجيزه ثمناً مع ضرب الأجل في الجعل، إلا أن يشترط أن يترك متى شاء[2].

ولم يجزه في العتبية في رواية عيسى عن ابن القاسم: وإن اشترط[3] أن يترك متى شاء[4].

وإن قال: انفض زيتوني[5] أو حركها، فما نفضت أو سقط فلك نصفه؛ لم يجز؛ لأنه مجهول.

وإن قال: اعصر[6] زيتوني، أو جلجلاني فما عصرت، فلك نصفه؛ لم يجز؛ إذ لا يدري كيف يخرج، وإذ لا يقدر على الترك إذا شرع، وليس هكذا الجعل، والحصاد يدعه متى شاء إذا قال: فما حصدت من شيء، فلك نصفه.

فأما قوله: احصده ولك نصفه فتلك إجارة لازمة، ولو قال: احصده وادرسه، ولك نصفه لم يجز؛ لأنه استأجره بنصف ما يخرج من الحب، وهو لا يدري كم يخرج، ولا كيف يخرج؛ ولأنك لو بعته زرعاً جزافاً، وقد يبس على أن عليك حصاده ودرسه لم يجز؛ لأنه اشترى حباً جزافاً لم يعاين جملته.

الذي باعه وهو قائم على أن على ربه حصاده) فاشتراط لفظه قائم يدل أنه شرط عنده في صحة بيعه، وإلا فما فائدة ذكره.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1996، وما بعدها.

(1) في (م): (يحصد).

(2) انظر: المدونة: 8/121و122.

(3) في (م): (شرط).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 8/488، والنوادر والزيادات: 7/14.

(5) في (م): (شجري)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(6) في (م): (احصد).

يريد؛ لأنه لم يعاين تصبيره.

ولو قال: على أن كل قفيز بدرهم جاز؛ لأنه معلوم بالكيل، وهو يصل إلى صفة القمح بفرك سنبله وليس، كحنطة في بيته تلك لا بد فيها من صفة، أو عيان وهذا معين[1].

قال ابن حبيب: احصده أو اعصره أو اطحنه[2]، ولك نصفه جائز كله، حتى يقول: فما خرج فلك نصفه؛ فلا يجوز.

ومحمل الأول على أن ملكه نصفه الآن حتى يقول تصريحاً، فلك نصفه بعد الحصاد، أو الجذاذ أو القطاف أو العصر، فلا يجوز؛ لأنه لم يملكه الآن منه شيئاً، وقد يهلك ذلك بعد أن عمل فيه، فيذهب عمله باطلاً، ويصير كمن آجر نفسه بنصف ما يخرج، وذلك كبيعه، فلا يجوز[3].

قال ابن القاسم: ولا بأس ببيع دقيق هذه الحنطة كل قفيز بكذا[4].

وكذلك زيت هذا الزيتون كل قفيز بكذا إن كان معروفاً خروجه والضمان في ذلك من البائع حتى يدفعه مكيلاً[5].

وقد خفف مالك أن تبتاع[6] حنطة على أن على البائع طحينها[7]؛ إذ لا يكاد

---

(1) قوله: (ولو قال: احصده... معين) ساقط من (ف1)، وانظر: المدونة: 8/122، وما بعدها.

(2) في (م): (اطحن).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 7/14.

(4) عياض: قوله: (وإن باع حنطة في سنبلها على أن يدرسها ويذريها كل قفيز بكذا ذلك جائز).
انظر، فلم يذكر الحصاد، فظاهره: أنه محصود فهو دليل على جواز بيع الزرع المحصود حزماً، وفيه تنازع. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1955 و1956.

(5) انظر: المدونة: 8/123و 124.

(6) في (م): (يبتاع).

(7) عياض: وقوله: (إنما سأله عن الرجل يبيع القمح على أن على البائع طحنه مرارا فرأيته يخففه)، فهو يشعر بما صرح به من الخلاف في التجارة إلى أرض الحرب أنه كان يستثقله، ثم خففه.
قال بعضهم: أجاز ابن القاسم البيع والإجارة في صفقة مرة، ومرة منعها، ومنها هذه المسألة. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1956.

الدقيق يختلف[1].

قال في كتاب آخر: اختلف قول مالك فيه، وليس كبيع زيتون على عصره، أو زرع[2] على تهذيبه[3].

يريد: على غير الكيل[4].

ولا بأس أن يؤاجره على طحين إردب بدرهم، وبقفيز من دقيقه إذ ما جاز بيعه؛ جازت الإجارة فيه، وإن كان زيتوناً يعرف خروج زيته؛ جاز مثل ذلك فيه على طحينه[5].

قال ابن المواز: لا يجوز أن يقول: اطحن لي هذا الإردب بقفيز من دقيقه، أو هذا الزيتون بقفيز من زيته، بخلاف بيع ذلك؛ لأن البيع إذا هلك ذلك، رجع المبتاع بثمنه، وهذا قد تقدم[6] له فيه عمل، ثم يهلك ولم يضمن له به في ذمته أجراً، فيذهب عمله باطلاً إذا هلك ذلك[7].

قال ابن القاسم[8]: ولو كان الزيت [(م: 219/ب)] والدقيق أمراً مختلفاً خروجه؛ لم يجز بيعه على ما ذكرنا، حتى يعصر، أو يطحن[9].

وبيع لحم شاة حية أو مذبوحة، أو لحم بعير كسير بخلاف ذلك، لا يجوز ذلك[10] قبل الذبح والسلخ على وزن، ولا جزاف من حاضر ولا مسافر، وكذلك الإجارة على

---

(1) انظر: المدونة: 8/39.

(2) في (ف1): (وزرع).

(3) قوله: (تهذيبه) في (م) غير مقروء وانظر: المدونة: 7/302 و303.

(4) قوله: (الكيل) في (م) غير مقروء.

(5) انظر: المدونة: 8/37 و38.

(6) في (ف1): (يتقدم).

(7) (قال ابن المواز: لا يجوز... إذا هلك ذلك)، متأخر في (ف1)، بعد قول: (... بشي من لحمها)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 7/78.

(8) قوله: (ابن القاسم) ساقط من (ف1).

(9) انظر: المدونة: 8/39.

(10) قوله: (ذلك) ساقط من (ف1).

سلخها بشيء من لحمها[1].

وفي غير بابٍ من البيوع الأول ما شاكل هذا.

قال ابن القاسم[2]: وإن دفعت إلى رجل دابة أو إبلاً أو داراً أو سفينة أو حماماً، على أن يكري[3] ذلك، ولك نصف الكراء؛ لم يجز، فإن نزل؛ كان لك جميع الكراء، وله أجر مثله، كما لو قلت له: بع سلعتي فما بعتها به فبيني وبينك، أو قلت: فما زاد على مائة درهم[4] فبيننا؛ فذلك لا يجوز، والثمن كله[5] لك، وله أجر مثله[6].

ولو أعطيته الدابة أو السفينة أو الإبل؛ ليعمل عليها فما أصاب فبينكما[7]؛ لم يجز

---

(1) انظر: المدونة: 8/38و 39.

(2) قوله: (قال ابن القاسم) زيادة من (ف1).

(3) في (م): (يكتري).

(4) قوله: (درهم) زيادة من (ف1).

(5) قوله: (كله) ساقط من (م).

(6) انظر: المدونة: 8/41 و42.

(7) عياض: وقوله: (اعمل على دابتي فما عملت من شيء فهو بيننا) أن الكسب للعامل، وله أجر دابته، بخلاف قوله: اكتر دابتي أو الحمام أو السفينة، هذا لربها.

وفي رواية الدباغ: اعمل لي على دابتي، بزيادة: لي وجاء بالجواب المتقدم. وفي كتاب ابن الجلاب: اشتراطه لي بخلاف إذا لم يقلها، والغلة هنا لرب الدابة، والصواب الأول، ولا فرق قال: لي أو لم يقلها؛ إذ هو المقصود، والأجرة في كل ذلك مجهولة.

وانظر قوله في الكتاب والسفن في ذلك مثل الدواب.

وقوله: (والسفن إذا دفعها لقوم يعملون فيها كان ما كسبوا لهم وعليهم كراؤها وتفريقه في السفينة والحمام بيّن، وآجرهما ولك نصف ما يخرج، أو اعمل فيهما ولك نصف ما تكسب؛ أن له في عمله فيهما كسبه، وعليه الإجارة، وفي إجارته الكسب لصاحبيها، وللعامل أجر مثله) يدل على قول ابن حبيب، وتفصيله، وقول محمد وتفسيره، وأن جميعه وفاق لما في المدونة وتفسير له.

وأصل هذا أنه إذا قال له: وآجرهما فهو أجير والعمل لربها، وإذا قال له: اعمل عليها فما كان مما ينتقل به ويتولى هو النظر فيه، وتصريفه والقيام ليه، كالعبيد والدواب والسفن فالأجرة له، وعليه كراء تلك الأشياء لربها، بقدر عملها وحبسها وما كان مما لا يذهب به ولا عمل فيه لمتوليه، كالرباع فهو أجير والكسب لربها، ويستوي في هذا إذا عمل: اعمل أو آجر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1956، وما بعدها.

ذلك ، فإن عمل على الدابة أو السفينة[1] أو أكرى[2] الإبل إلى مكة؛ فأولى أن يكون الكسب هاهنا للعامل، وعليه كراء المثل في ذلك كله، وكأنه اكترى ذلك كراءً فاسداً، والأول آجر نفسه منك إجارة فاسدة فافترقا.

وإذا آجرته يخيط لك ثوباً، فإن خاطه اليوم فبِدِرْهَم، وإن خاطه غداً، فنصف درهم وإن خاطه خياطة رومية، فبكذا أو عربية فبكذا؛ لم يجز وهو من بيعتين في بيعة، فإن خاطه؛ فله أجر مثله، زاد على تسميته أو نقص[3]، كالقيمة في فساد البيع.

قال غيره في المسألة الأولى: إلا أن يزيد على الدرهم، أو ينقص عن نصف درهم، فلا يزاد ولا ينقص. قال سحنون: كلام ابن القاسم أجود[4].

وقال بعض الأندلسيين في قول غير ابن القاسم معناه: أنه إن خاطه اليوم، قلت[5] ما قيمة خياطته على تعجيله إياه اليوم، فلا يزاد على درهم، ولا ينقص من نصف درهم، ولا يزاد على درهم[6].

ولا يجوز أن يكري من رجل رحا، وبيتاً من آخر، ودابة من ثالث في صفقة واحدة؛ إذ لا يعلم ما لكل واحد من الثمن، إلا بعد القيمة[7].

وكذلك في الاستحقاق، وأجازه أشهب.

ولا بأس أن تؤاجره على بناء دارك هذه والجص[8]، والآجُرُّ من عنده، ولما تعارف الناس ما يدخلها، وأمد فراغها كان معرفتهم[9]، كذكر الصفة والأجل، كما

---

(1) في (م): (و السفينة).

(2) في (م): (و أكرى).

(3) قوله: (تسميته أو نقص) يقابله في (ف1): (التسمية أم نقص).

(4) انظر: المدونة: 8/39 و40.

(5) في: (ف1): (فله).

(6) قوله: (وقال بعض الأندلسيين... يزاد على درهم) ساقط من (ف1).

(7) انظر: المدونة: 8/48.

(8) عياض: والجص - بالفتح والكسر - الجبس. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1958.

(9) في (م): (عرفهم).

تستأجره يخدمك سنة؛ لأن وجه ذلك أمر قد عرف، وهو في الدار إجارة وبيع.

قال غيره: إن كان بمعنى القبالة، ولم يشترط عمل يده وقد نقده؛ جاز[1].

وفي باب السلم[2] شيء بعينه[3] من هذا.

وقال ابن القاسم في كتاب الحمالة: وإن دفعت ثوباً إلى خياط على أن يخيطه بنفسه؛ فذلك جائز[4].

ولا بأس بالإجارة على حفر بئر بموضع كذا، عمقها كذا، وقد خبرا الأرض، وإن لم يخبراها لم يجز؛ لأنه قد يسهل أعلاها، ثم يظهر له حجر أو صلابة.

وكذلك الإجارة على حفر فُقُر النخل[5] إلى الماء، إن خبروا الأرض وإلا لم يجز.

روى[6] يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: إن جاعله على حفر بئر، فإن عرفا الأرض بلين وشدة أو جهلاها جميعاً؛ [(م: 220/أ)] جاز، وإن علم ذلك أحدهما وجهله الآخر؛ لم يجز الجعل فيه.

قال أبو الزناد: وعلى حافر البئر إخراج الماء.

قال ربيعة: ذلك في أرض متقاربة في خروج الماء، وأما مختلفة فمزارعة[7]

---

(1) انظر: المدونة: 8/48.

(2) زاد بعد في (ف1) قوله: (في).

(3) قوله: (بعينه) زيادة من (ف1).

(4) انظر: المدونة: 9/213.

(5) عياض: وفقر النخل: بيارها بضم الباء، واحدها فقير، وهو المذكور هنا، ألا تراه كيف قال: (إلى أن يبلغ الماء)، ويكون أيضاً الحفير يجتمع فيه الماء حول أصلها، وهو المذكور في المساقاة. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1983 و1984.

قال ابن منظور: وفَقِيرُ النخلة حفيرة تحفر للفسيلة إِذا حوّلت لتغرس فيها وفي الحديث قال لسلمان اذهب ففَقّر الفسيل أَي احْفِرْ لها موضعاً تُغْرَسُ فيه واسم تلك الحفرة فُقْرَةٌ وفَقِيرٌ والفَقِير الآبار المجتمعة الثلاث فما زادت وقيل هي آبار تُحْفَرُ وينفذ بعضها إِلى بعض وجمعه فُقُر.

(6) في (ف1): (قال).

(7) قوله: (فمزارعة) ساقط من (م).

أحب إليّ[1].

قال مالك: ولا بأس بإجارة العبد العشر سنين والخمسة عشر، وما رأيت من فعله، ولا أرى به بأساً، والدور[2] أبين أن ذلك فيها جائز. والموصى له بخدمة عبد عشر سنين، لا بأس أن يكريه عشر سنين.

قال غيره: لا يجوز إجارة عبد عشر سنين، لما في الحيوان من سرعة التغير، وهو في الدواب أبين غرراً[3].

ومن آجر عبداً يخدمه[4] شهراً بعينه، على أنه إن مرضه قضاه له في صحته، لم يجز؛ لاختلاف أيام الشتاء والصيف، إن تمادى مرضه[5].

ولا بأس بإجارة العبد ذي الصنعة، على أن يأتيك بالغلة ما لم تُضمّنه في أصل الإجارة خراجاً معلوماً، وإن وضعته عليه بعد ذلك، ولم تُضمنه، إن لم يأت به؛ جاز ذلك.

قال مالك في كتاب محمد: لا خير في أن يستأجر على أن يأتيه بالخراج[6].

مالك: وإن آجرت حراً سنة بدينار[7]؛ ليعمل في السوق، على أن يأتيك بثلث درهم كل يوم لم يجز، لأنه إن أعطاكه فضة، فهو ذهب في فضة مؤجلة، وإن كان على أن يعطيك به طعاماً، فهو سلم في حنطة بغير سعر معلوم، وقد يكثر ما يعطيك بثلث درهم؛ لرخص الطعام، وقد يقلّ لغلائه فهو غرر[8].

---

(1) انظر: المدونة: 8/107.

(2) في (م): (فالدور).

(3) انظر المدونة: 8/81 و82.

(4) في (م): (بخدمة).

(5) انظر: المدونة: 8/78.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 7/36.

(7) قوله: (بدينار) ساقط من (ف1).

(8) انظر: المدونة: 8/80.

ومن الشركة قال: لا[1] يجوز أن يقعد صانعاً[2] في حانوت على أن تتقبل عليه المتاع على أن الكسب بينكما[3].

ومن كراء الدور: ولا بأس بإجارة نصف عبد أو أمة، يستعمله يوماً وربه يوماً[4].

ومن الجعل، قال مالك: والأطباء[5] إذا استؤجروا فإنما هو على البرء، فإن برأ؛ فله حقه، وإلا فلا شيء له[6].

قال سحنون: لأن أصله جعل، ولذلك[7] لا يضرب فيه أجل.

قال مالك: إلا أن يشترطا أمراً يجوز فينفذ بينهما.

قال ابن القاسم: كالشرط إن يكحله شهراً، أو كل يوم بدرهم، فإن ذلك جائز إن لم ينقده وهذه إجارة، فإن برئ قبل الأجل؛ أخذ بحسابه إلا أن يؤاجره وهو صحيح العينين[8] بكحله شهراً بدرهم، فيجوز فيه النقد، إذ لا يتقى فيه رد ما بقي بالبرء ويلزمهما[9] تمامه[10].

وإن آجرت[11] نفسك أو عبدك في خياطة شهراً[12]؛ لم يجز فسخ ذلك في قصارة[13] أو صناعة أو غير ذلك، ولو كان سنين، مثل أن يؤاجر نفسه في الخياطة يوماً

---

(1) في (ف1): (ولا).
(2) في (ف1): (مانعا).
(3) انظر: المدونة: 8/341.
(4) انظر: المدونة: 8/201.
(5) في (م): (والأطباء).
(6) انظر: المدونة: 8/63.
(7) في (ف1): (فلذلك).
(8) قوله: (العينين) ساقط من (ف1).
(9) في (م): (يلزمها).
(10) في (ف1): (إتمامه)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/63.
(11) في (م): (فأجرت).
(12) في (ف1): (بشهر).
(13) في (ف1): (قطارة)، والمثبت موافق لما في المدونة.

ونحوه؛ جاز أن يتحول من[1] ذلك إلى غيرها من الأعمال[2].

قال سحنون: لا يجوز فيها قلَّ أو كثر.

وإن آجرته يخيط لك كل شهر بكذا، واستعملته غير الخياطة مما يعطب في مثله ضمنت[3].

---

(1) في (م): (في).

(2) انظر: المدونة: 82/8.

(3) في (ف1): (ضمنته).

عياض: وذكر في الكتاب في رواية ابن القاسم، ومذهبه (في مستأجر الغلام إن كان عملاً يعطب فيه أنه ضامن لقيمة العبد يوم استعمله أو الكراء، والكراء إن اختاره سيده دون قيمته)، وكذلك قال عن مالك في الباب الثاني: (إذا استأجره يعني من سيده للخياطة، كل شهر بكذا، فاستعمله في غير ذلك فعطب: إن كان عملاً يعطب في مثله ضمن).

وذكر ابن وَهْب عن مالك: ليس على مستأجر العبيد ضمان، وإن قال ساداتهم: لم نأمرهم إلا في استعمالهم في الأمر غير المخوف، هذا هو الصواب - والله تعالى أعلم - فيضمن إذا كان بغير أمر من سيده إن أصيب، وكذلك إن خرج به لسفر فظاهر هذا الخلاف.

وإن في رواية ابن وهب: لا يضمنهم، وإن كان العمل مما يعطب في مثله، إلا أن يكون غرراً.

وعلى هذا حمل المسألة سحنون فيما حكى عنه ابن عبدوس وفضل، وأنه قال برواية ابن وَهْب عن مالك.

وقال: ما قاله ابن وَهْب عن مالك، وربيعة أحسن، إلا أن يكون السيد قد حجر على العبد أن يؤاجر نفسه، وأبان ذلك وأشهره، واتبعه غيره في ذلك.

وقال بعضهم: بل هو وفاق، وإليه نحا ابن لبابة وهو ظاهر قول ابن أبي زمنين وأبي محمد بن أبي زيد ط، وأن مراد مالك في الروايتين، ومراد ابن القاسم أنه ليس على مستأجر العبد ضمان إن عطب في ذلك العمل، وأدركه أجله، أذن له سيده في مؤاجرة نفسه أم لا، كان هلاكه من سبب العمل أم لا ولمولاه أجرة المثل أو المسمى، إلا أن يكون العمل يعطب منه غالبا كالإغرار، أو يبعثه في سفر فيضمن، أذن له سيده في مؤاجرة نفسه أم لا؛ لأنه لم يأذن له إلا فيما يجوز له.

وهذا نص قوله في رواية ابن وهب: فعليه فيه الضمان إن أصيب، وإن كان العبد قد أرسل في الإجارة، ومثله لربيعة فجعلوا قوله في رواية ابن وَهْب تفسيرا لرواية ابن القاسم. وقد قال في كتاب المأذون (فيمن أذن لعبده في شيء فاستعمل في غيره: أنه يلزمه ذلك وما يدري الناس فيما أذن له فيه).

وقد وقع لابن القاسم عن مالك نصاً في العتبية مفسراً مثل رواية ابن وَهْب في العبد الخياط

والنجار، يستأجر في غير عمله، ينتقل لبناء أو غير ذلك فيهلك فيه فلا ضمان عليه، إلا أن يدخله في عمل مخوف، وفيه خطر أو يتعمد به سفرا ؛ فيضمن، فقد بين لك في هذه الروايات وفسر ما أبهم في رواية ابن القاسم وابن وَهْب في هذا الكتاب، وإن هذا الهلاك لا يضمن منه، وإن كان من سبب العمل نفسه.

ويأتي على هذا معنى قوله في تضمينه في رواية ابن القاسم: (إذا استعملها عملاً يعطبان فيه) أنه من المخوف والغرر والخطر، وهذا هو بالحقيقة العمل الذي يقال: إنه يعطب منه.

ومثله في كتاب الرهون في المرتهن يعير العبد الرهن فمات عند المستعير؛ لا ضمان عليهما، إلا أن يعطب في عمل استعمله المستعير. وذكر مثله في المودع وقال: (إلا أن يكون استعمله أحدهما عملاً أو بعثه مبعثاً يعطب في مثله)، وبها استشهد على الأول، فقد فسر صورة العطب به وبها ذكر المتأولون، ولا يجعلون هذا اختلافا من رواية ابن القاسم.

ولا يخلو الهلاك على هذا أن يكون بأمر من الله فيما لا يعطب منه جملة؛ كالحراسة والتعليم، ونفش الصوف.

أو قد يعطب بسببه نادراً، كنقل اللبن والحجارة والخشب أو هو غرر يعطب منه غالباً، كالنزول في البئر ذات الحمأة، وهدم الجدارات والعمل على الزرانيق فأتته منيته في هذه الأعمال بغير سببها أو هلك من سببها، كضربة الإبرة له في استعماله في الخياطة، وسقوط اللبن والخشب عند نقلها، وانهدام الحائط عليه عند هدمه، وسقوطه هو من الزرنوق.

فأما الوجه الأول الذي لم يمت بسبب العمل فقالوا فيه: إنه غير ضامن، وهو الصحيح، إذا لم ينقله عن بلده وموضعه وهو مذهب ابن القاسم.

ومفهوم قوله: يعطبان فيه: ويهلك في ذلك فقد فرق بين أنه إنما راعى هلاكه إذا كان ذلك من سببه.

وقيل: هو ضامن وإن كان عملا لا يعطب في مثله لوضع يده عليه بغير إذن سيده فأشبه الغاصب، وهو قول سحنون في بعض روايات المدونة في الباب بعد هذا في الذي حول العبد في غير ما استأجره له فهلك فقد ضمن، وصار متعدياً.

وقد اختلف الصقليون على مذهَبِ ربيعة في المستعان به في الخياطة، إذا مات حتف أنفه فضمنه بعضهم، وبعضهم لم يضمنه، وأما إذا كان الموت بسبب العمل الذي يتوقع الهلاك منه نادراً كما وصفناه فقد ذكرنا تأويل من تأول الاتفاق أنه لا ضمان عليه، وأنه لا يضمن الرقاب إلا... بنقلها، وهو الصحيح وظاهر قول مالك وابن القاسم، ومن يتأول الخلاف ويجعله ضامنا على رواية ابن القاسم.

وأما ما كان هلاكه من سبب الأغرار المخوفة، وما يهلك منه غالبا فهو ضامن عند جميعهم، إذا هلك من سببها.

وأما إن هلك من غيرها فعلى الخلاف المتقدم هل يضمن بنفس العداء... أم لا؟

وأما السفر به فلا يختلفون في ضمانه عند جميعهم، هلك أو لم يهلك؛ لحبسه عن أسواقه ونقله عن

قال سحنون: إذا استعمله[1] في غير الخياطة؛ ضمن بتعديه[2].

جامع القول في الجعل، وما دخل في ذلك من معاني الإجارة[3]

قال الله سبحانه: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [سورة يوسف آية: 72]، فهذا

=

بلده، ولكن لسيده الخيار على ما تقدم في تضمينه قيمته أو إجارته، ويجب أن تكون له الأجرة على كل حال إلى يوم ضمنه بسفره به على أصولنا الصحيحة، إلا أن يكون سفره به إلى الموضع القريب وفي مدة لم يحبسه فيها عن أسواقه، ورده سالما فلا يضمن.

وذكر رواية ابن وَهْب عن ربيعة أنه (يضمن العبد فيما استعين عليه من أمر في مثله الإجارة). وأما إذا استعمل فيه فيما لا ينبغي فيه الإجارة كمناولة النعل والقدح فلا شيء عليه، واختلف فيه أيضاً في هذا، هل هو وفاق أو خلاف؟ فمنهم من تأوله على الخلاف، وأن ابن القاسم يفرق بين الإجارة والاستعانة فلا يضمن في الإجارة، إلا فيما يعطب فيه، ويضمن في الاستعانة مما فيه الإجارة، وإن لم يعطب فيه؛ لأن العبد لم يؤذن له في هبة منافعه، وهو الذي في كتاب محمد نصاً أنه يضمن قيمة العبد في استعماله بغير أجر إذا هلك، ولو كان بأجر لم يضمن، وأن مذهب ربيعة أنهما واحد، وأنه يوجب الضمان فيما كان في مثله الإجارة، وإن كان لا يعطب في مثله.

قال بعضهم: وهو وجه النظر، وذهب آخرون إلى أنه وفاق في الاستعانة وأن لمالك: في الموطأ مثل قول ربيعة.

وقال آخرون: لا ضمان فيهما، إلا مما يعطب في مثله، وعليه تأول التونسي مذهب المدونة وهذا على ما تقدم من الخلاف في ضمان المستأجر، وذكر في آخر باب استئجار الأجير فيؤاجره غيره أو يستعمله في غير ما استأجره فيه: (إذا استأجره للخياطة فاستعمله في غيرها أنه يضمن إذا كان عملا يعطب في مثله. قال سحنون: إذا حوله بغير إذن أهله في غير ما استأجره له فقد ضمن وصار متعدياً).

ثبت عندي قول سحنون، وصح في كتاب ابن عتاب، وسقط من كتاب ابن المرابط وابن سهل، وكثير من الأصول. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1971، وما بعدها.

(1) في (م): (استعملته).

(2) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1979.

(3) قوله: (معاني الإجارة) ساقط من (م).

من الجعل لم يوقت فيه[1] أجلاً، وجعل [(م: 220/ب)] له جعله إذا أتى بالصواع، فدل أنه إن طلبه ولم يأت به لا شيء له.

فالجعل خارج عن معاني الإجارة بوجوه منها: أنه[2] لا أجل فيه، وأنه يدع العمل متى شاء، ولا شيء له فيما تقدم من سعيه حتى يتم بيع الثوب، أو يجيء بالعبد الآبق ونحوه.

ولو كان فيه أجل؛ لم يكن له ترك ما دخل فيه إلى الأجل، ثم قد يأتي الأجل، ولم يبع ولم يجد الآبق، فلا يكون له شيء، فلم يجز أن يلزمه التمادي إلى غاية معلومة بغير أجر، فلذلك رفعنا فيه الأجل، وتقدم في الباب الأول ما يجوز فيه الجعل.

ومن المستخرجة قال مالك: ليس للجاعل أن يفسخ إذا شرع المجعول له، وللمجعول له أن يدع متى شاء[3].

قال ابن القاسم: لا يجوز الأجل في الجعل على بيع السلع، فلو قال له: بع لي هذا الثوب ولك درهم، فجائز وهو جعل. فإن قال: اليوم لم يصلح إلا أن يقول: إنك متى شئت تركته؛ لأنه إن مضى اليوم ولم يبعه فلا شيء له، وإن باع في نصفه؛ أخذ الجعل كاملاً، وسقط عنه بقية عمل اليوم، فهذا خطر، ولا يقدر على ترك ذلك حتى يتم اليوم[4].

قال سحنون[5]: إذا قال له: إن بعته؛ فلك درهم على أنه لا يبعه إلا بما يريد رب الثوب؛ فهذا لا يجوز سمى له ثمناً، أو يفوض إليه في البيع[6].

محمد: ولا يكون الجعل فيما إذا تركه المجعول له قبل الفراغ منه، يبقى منه للجاعل ما ينفع به[7].

---

(1) في (ف1): (به).

(2) في (م): (أنها).

(3) انظر: البيان والتحصيل: 8/493.

(4) انظر: المدونة: 8/118.

(5) قوله: (قال سحنون) يقابله في (م): (اعرف لسحنون).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 7/8.

(7) انظر: النوادر والزيادات: 7/5.

وهذا أبين فرق بينه وبين الإجارة.

قال ابن القاسم[1]: ولا يؤقت في الجعل أجل يوم، ولا يومين[2].

---

(1) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ف1).

(2) عياض: وقال: (ولا يؤقت في الجعل يوما ولا يومين، إلا أن يكون متى شاء ترك، وقد قال في مثل هذا: إنه جائز وهو جل قوله الذي يعتمد عليه في ذلك).

واختلف في تأويل هذا الكلام، وحيث هو الخلاف وما هو القول الذي يعتمد عليه في ذلك.

فظاهر كلام أبي محمد أن الخلاف في ضرب أجل يوم أو يومين في الأجل في الجعل، وأن جوازه جل قوله، كذلك اختصره عند ذكر الخلاف فيه، وقد وهمه بعضهم في هذا التأويل، وقال: إن الأجل في الجعل دون اشتراط الترك متى شاء لا يجوز باتفاق.

وذهب ابن لبابة إلى أن اختلاف قوله، هل هي إجارة جائزة مع اشتراط الترك أو إجارة فاسدة؟

واستدل لتأويله بقوله إثر المسألة: (كل ما يجوز فيه الجعل تجوز فيه الإجارة، إذا ضرب لذلك أجلاً).

وقد استبعد غيره تأويله أيضاً؛ لأنه إن كانت إجارة فلا وجه لفسادها.

وتأول أبو عمر بن القطان أن مراده بالإجارة المسألة المذكورة التي اشترط فيها أنه متى شاء ترك، وأن قوله هذا قد قاله أيضاً أنه جائز وهو جل قوله، فكرر على هذا عنده الجواب، وليس بخلاف، وإنما أعلم أنه جل قوله وأكثره الذي يعتمد عليه.

وتأويله هذا بعيد من ظاهر الكتاب، لكن في قوله: جل قوله ما يشعر أن له قولاً بخلافه، وذلك منصوص له في العتبية من رواية عيسى أنه لا يجوز، وتأولها أبو الوليد بن رشد أن اختلاف قول ابن القاسم في المسألة، هل هو جعل فيجوز، إذا اشترط أنه متى شاء ترك ولا يجوز إن لم يشترط، أو هي إجارة يحكم لها بحكمها إذا باع في بعض اليوم أو انقضى اليوم ولم يبع إن لم يشترط متى شاء ترك؟

وإن هذا هو الذي كان يعتمد عليه، أي: أنها إجارة جائزة، كما قال أول الكتاب (في الذي يبيع من الرجل نصف ثوبه على أن يبيع له النصف الآخر: إن ذلك جائز، إذا ضرب أجلاً؛ لأنه إذا ضرب أجلاً كانت إجارة)، فهذا نحو القول الذي أشار إليه هنا سحنون.

قال: وهذا على الاختلاف في اللفظ المحتمل للجواز والفساد في باب الإجارة على ما يحمل، هل على الجواز حتى يتبين فساده؟ وهو مذهب سحنون وابن حبيب، أو على الفساد حتى يتبين الجواز؟ وهو مذهب ابن القاسم كالإجارة على رعاية غنم بأعيانها، ولم يشترط الخلف ولا اشترط تركه، وأشباهها من المسائل، حتى لو اشترط وبين فقال: أجاعلك على أن تبيع لي هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يجز باتفاق.

ولو قال: أستأجرك على أن تبيعه لي اليوم بدرهم جاز باتفاق، فإذا لم يقع بيان في اللفظين فهي مسألة الكتاب.

=

وقال مثل هذا مالك[1] أنه جائز وهو جلُّ قوله[2].

قال محمد[3] عن ابن القاسم: بيع السلعة على ثلاثة أوجه وهو[4]: أن يسمي الجعل، ويسمي الثمن الذي يبيع به، أو لا يسميه فهذان[5] وجهان.

ووجه آخر أن يقول له: إن[6] بعته، أو لم تبعه[7] فلك درهم، فهذا لا يجوز إلا أن يضرب[8] الأجل؛ لأنها[9] إجارة[10].

قال ابن القاسم[11]: والجعل على بيع قليل السلع بالبلد جائز، سميا[12] ثمناً للسلع[13] أم لا، ....

وعليها حمل مسألة (لقط الزيتون اليوم وغيرها مما يشبهها،... وقد قال فيها: لا تجوز إن قال التقطْ فما التقطت اليوم فلك... نصفه)؛ إذ لا يجوز له بيع ما يلتقط اليوم، وما لا يجوز بيعه لا يجوز الاستئجار به، إلا أن يقول: ولك أن تترك متى شئت، ولك نصف... ما لقطت. قال ابن لبابة: وهذا هو النظر، وقد كان بعض أهل النظر يقول: لعله لم يرد باستثنائه مسألة اللقط، قال: ألا ترى أن حجته أنه لا يجوز بيع ذلك فكذلك فيما يلقط، وإن اشترط الترك، وكأنه إنما رد الاستثناء إلى مسألة الثياب المتقدمة مع موافقة المنع مع اشتراط الترك في رواية عيسى فيها المتقدمة، وهذا تعسف، والظاهر جوازه مع الشرط، وعليه حملها ابن لبابة وغيره، لكن الخلاف فيها متصور على ما تقدم في مسألة الكتاب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1992و1996.

(1) قوله: (مالك) ساقط من (م).

(2) انظر: المدونة: 8/118.

(3) في (ف1): (ابن المواز).

(4) في (م): (في هذا).

(5) في (م): (منها).

(6) قوله: (له) ساقط من (ف1).

(7) قوله: (أو لم تبعه) ساقط من (ف1).

(8) قوله (أن يضرب) يقابله في (م): (ضرب).

(9) في (م): (لأنه).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 7/8.

(11) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ف1).

(12) في (م): (سمى).

(13) قوله: (للسلع) زيادة من (ف1).

ولا يصلح على بيع[1] كثيرها بالبلد[2]، أو قليلها بغير البلد يتجشم مشقته فيها قد يذهب عمله فيه باطلاً، وإنما[3] أرخص فيما يخف، ولا يشغل كالثوب والثوبين والدابة والعبد ونحوه[4].

(1) قوله: (بيع) ساقط من (ف1).
(2) قوله: (بالبلد) ساقط من (ف1).
(3) في (ف1): (أما في).
(4) انظر: المدونة: 8/118و119.

عياض: وقوله: (في إجازة الجعل في الثوب والثوبين والشيء اليسير)، وقال بعضهم: وهذا إذا سمى لكل ثوب جعله، وإلا لم يجز كما فسروه في مسألة الآبقين، ويدخلها من الخلاف ما وقع هناك، فانظرها.
وقوله: (وإنما يجوز الجعل في الشيء القليل).
حكى القاضي أبو محمد أن من شرط الجعل أن يكون في الشيء القليل، وخالفه غيره وقال: الجعل جائز في كل شيء، كثيراً كان أو قليلاً مما لا يصح للجاعل فيه منفعة، إلا بتمامه، وهذا هو الأصل، وقد قدمناه.
وإنما قال مالك: هذا في البيع دون غيره، كما سنبينه إن شاء الله وقوله: (لا يصلح الجعل على بيع الثياب الكثيرة).
معناه: على أنه لا يأخذ شيئا إلا ببيع جميعها، وأما على أن يأخذ على قدر ما باع فهو جائز.
ومعناه عندهم: أنه سمى لكل ثوب شيئاً معلوماً أو كانت متساوية القيم، أو قال له: على أن فض الأجرة على العدد، ولو كان على القيم لم يجز بوجه.
وقد قال بعد هذا: (لأن السلع الكثيرة تشغل بائعها على أن يشتري أو يبيع أو يعمل في غيرها، فلا يصلح إلا بالإجارة المعلومة).
قال ابن لبابة وغيره: مذهبهم في الجعل على البيع أنه ما كان يعرض للبيع فيباع، كالرقيق والثياب والدواب فلا يجوز الجعل في ذلك، إلا في الشيء الواحد أو الاثنين، التي لا تشغل صاحبها، كما نص عليه في الكتاب، وهو مفسر في هذه المسألة. وإن كان المبيع مما يصاح عليه ولا ينقل كما ينقل المتاع، كالدور وشبهها فالجعل جائزوإن كثر، وهذا مفسر في جعل المستخرجة، وكذلك الجعل في عمل الأيدي جائز، وإن كثر.
ثم إن نزل احتيج إلى تسمية ما يكون لكل واحد من تلك الأشياء من الجعل ولا يعامله بشيء على الجميع إلا أن يقول: جعلك على العدد لا على القيمة، وكذلك الجعل على الإباق.
قال القاضي: إلا أن تكون الأشياء متساوية كلها.
قال ابن لبابة: وقد اختلف في مسألة الآبقين اللذين جعل لمن أتى بهما عشرة إذا لم يجعل لكل واحد

قال: والعشرة أثواب كثيرة، وإنما الجعل على الشراء، فلا بأس به على شراء مائة ثوب بكذا، وإن فوض إليه فيها ولم يصفها، فاشترى ما يشبه تجارة الآمر[1] جاز

=

منها شيئا بعينه فقال هنا جعله فاسد، وقال: فإن جاء بواحد فله فيه على قدر عنائه وعمله، وظاهر قوله هذا أن له أجر مثله كما قال في المسألة قبلها: إذا جاعله على نصفه، وعلى هذا اختصرها أكثرهم.

وقيل: إنما يجب في مثل هذا جعل المثل، كما جعلوا في القراض الفاسد قراض المثل.

وقال ابن نافع: له نصف المجعول فيهما. قال عيسى عن ابن القاسم: له من الجعل بقدر قيمته من قيمة الآخر، وقاله أصبغ وأَشْهَب.

قال ابن القاسم: فإن استويا فله خمسة وأكره هذا الجعل، وعن أَشْهَب وعيسى وأصبغ إجازة مثل هذا.

قال القاضي: وهو ظاهر قول ابن نافع في الكتاب، وفي تفسير يحيى لابن القاسم، إذا جعل الجعل فيهم على العدد فجاء بأرفعهم أو أدناهم... جاز وهذا.

وقد قيل: إن الجعل في مثل هذا إنما يجوز على الأعداد فعلى هذا يجوز ابتداء، وعليه يأتي قول ابن نافع، فانظره فهي أربعة وجوه:

إن سمى ما لكل واحد إن جاء به وحده جاز باتفاق.

وإن شرط أنه لا شيء فيه إلا بمجيئهما جميعاً لم يجز باتفاق.

وإن أبهم اختلف في جوازه.

وكذلك إن قال: إن جاء بأحدهما فله على حساب قيمتها يوم... أبق، ولو كان على قيمتها يوم الوجود لم يجز بوجه؛ لجهالتها بذلك.

قالوا: والشراء خلاف البيع، يجوز الجعل فيه، وإن كثر؛ لأن الشغل بالعين خلاف الشغل بالعرض - كما تقدم - والشغل بالشراء بالعين كالشغل ببيع الثوب والثوبين في الخفة، ولأن الجاعل ينتفع بحفظ المجعول له للثياب تلك المدة، ونظره فيها وإشادته في السوق بها إلى أن يردها إليه.

قالوا: ولو لم يدفعها إليه، وإنما كان يعطي له منها ثوباً ثوباً، أو ما باع منها لجاز وإن كثرت، واستوى هنا البيع والشراء، وكانت كالدور يصاح عليها أو على الرقيق التي تشاد، وينادى عليها وهي بأيدي مالكيها، فالجعل في هذا جائز، وإن كثر، إذا كان لكل واحد من ذلك جعل معلوم على ما تقدم.

وكذلك قالوا لو شرط في شراء الكثير أن يمسكها المجعول له، ويحفظها حتى تكمل لم يجز فيها الجعل، واستوى حكمها وحكم البيع. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1951، وما بعدها.

(1) في (م): (الأمر).

ولزمه[1].

ولا بأس بجعل السمسار والبزاز في شراء كثير الثياب، بخلاف الجعل على بيع كثيرها، وكذلك إن جعل له في كل مائة دينار يشتري بها كذا وكذا.

قال ربيعة: ويكون ذلك موجوداً فإن اشترى أخذ، وإلا فلا شيء له[2].

وله رد المال متى شاء، وإن ضاع بيده؛ لم يضمن.

وأكره الجعل على الخصومة، على أنه لا يأخذ إلا بإدراك الحق، وإن عمل على ذلك، فله أجر مثله، وروِيَ لمالك إجازته[3].

وإن قال: من جاءني أو لرجل: إن جئتني بعبدي الآبق، فله أو فلك عشرة دنانير، وسمى موضعاً هو فيه[4]، أو لم يسم فهو جائز[5]، ولمن جاء به العشرة.

وإن قال: من جاءني به فله نصفه لم يجز؛ لأنه لا يدري ما دخله، وما لا يجوز بيعه فلا يجوز [(م: 221/أ)] ثمناً لإجارة أو جعل، فإن جاء به على هذا؛ فله أجر[6] مثله، وإن لم يأت به؛ فلا شيء له، ولا يجوز أن يجعل له في عبدين إن جاء بهما فله عشرة، فإن لم يأت بهما فله أجر مثله في عنائه.

قال[7] ابن نافع: له خمسة.

---

(1) انظر: المدونة: 117/8.

(2) انظر: المدونة: 118/8.

(3) انظر: المدونة: 124/8 و125.

(4) قوله: (هو فيه) ساقط من (م).

(5) عياض: وقوله: (إن جئتني بعبدي الآبق وهو في موضع كذا فلك كذا؛ فهو جائز) اعترضها سحنون؛ وذلك لأن تسمية المواضع في الجعل كضرب الأجل ولا يجوز في تسمية الموضع إلا الإجارة.

وقد نحا لهذا فضل بن سلمة، وهو صحيح وكأنه في الكتاب إنما جعل ذكر الموضع كاللغو، وأن يطلبه حيث كان، ألا تراه كيف سوى بين ذكره الموضع أو تركه، ولأنه لو وجده في غير الموضع أو أدنى منه كان له جعله. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1996.

(6) في (م): (إجارة).

(7) في (ف1): (وقال).

وإن جعل في عبد واحد لرجل خمسة، ثم جعل لآخر عشرة، فأتيا به جميعاً، فالعشرة بينهما على الثلث والثلثين.

قال ابن نافع: لكل واحد منهما[1] نصف ما جعل له[2].

وقاله سحنون[3].

ومن جعلت له في حفر بئر، فانهدمت قبل تمامها؛ فلا شيء له، وكذلك القبر وقد ذكرناه بعد هذا.

جامع القضاء في الإجارات، والجعل من البناء والحفر والخدمة والرعاية، وغيرها وصرف الإجارة في غيرها، واستعمال الشيء في غير ما استؤجر فيه

قال: والمتعارف في الأكرية والإجارات كالمشترط.

قال ابن القاسم: وإن آجرته[4] على بناء دار، فالأداة والفؤوس والقفاف والماء وآلة البناء، على من تعارف الناس أنه عليه[5].

وقيل[6]: القفاف[7] والآلة على رب الدار، وكذلك حثيان التراب في حافر القبر، ونقش الرحا وما أشبهه، وإن لم يكن لهم سنة؛ فنقش الرحا على ربها.

وكذلك في الطين في غسل الخرق والدهان ونحوه، وأين ترضع وقد ذكرنا أنه على المتعارف[8].

---

(1) قوله: (منهما) ساقط من (ف1).

(2) انظر: المدونة: 8/120 و121.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 7/22.

(4) قوله: (وإن أجرته) يقابله في (ف1): (فإن وأجرته).

(5) انظر: المدونة: 8/105.

(6) قوله: (وقيل) ساقط من (ف1).

(7) في (ف1): (والقفاف).

(8) انظر: المدونة: 8/94.

وكذلك في رعي الراعي وما ولدت الغنم[1] على عرف الناس، فإن لم يكن لهم[2] سنة؛ لم تلزمه رعايتها.

قال أبو بكر: يأتي براع يرعى للتفرقة.

وإن آجرته على بناء حائط، فبنى نصفه ثم انهدم؛ فله بحساب[3] ما بنى من أجره؛ لأنك قابض لكل ما بنى، وليس عليه بناؤه[4] ثانية، كان الآجر أو الطين من عندك، أو من عنده.

قال غيره: هذا في عمل رجل بعينه[5]، وعليه في المضمون تمام العمل[6].

لم يقرأه سحنون ليحيى وقرأه لغيره[7].

---

(1) في (م): (للغنم).

(2) قوله: (يكن لهم) يقابله في (م): (تكن له).

(3) في (م): (حساب).

(4) قوله: (عليه بناؤه) يقابله في (م): (عليه بنيانه).

(5) قوله: (رجل بعينه) يقابله في (م): (حلم بعده)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(6) انظر: المدونة: 8/106.

(7) عياض: (قال سحنون: فإذا كان مضموناً، كان عليه تمام العمل). كذا وقعت في روايتنا من كتاب ابن عتاب وابن المرابط، إلا أن اسم سحنون لم يكن في كتاب ابن المرابط، وكتب عليه: صح لابن باز، وسقط للدباغ والإبياني، وعلى هذا اللفظ نقلها ابن لبابة.

وعلى هذا المعنى اختصرها أبو محمد فقال: هذا في عمل رجل بعينه، وعليه في المضمون تمام العمل.

ووقع في بعض الأمهات، وقال غيره: لا يكون هذا في عمل رجل بعينه ولا يكون مضموناً، وعليه في المضمون تمام العمل، وجاء الكلام في المضمون كله لابن القاسم. وفي كتاب ابن عتاب: أمر سحنون بطرح قول الغير، وفي كتاب ابن سهل: ثبت قول غيره لابن باز، وقال ابن هلال: لم يعرفه سحنون.

وفي كتاب ابن المرابط نحو هذا من قول ابن وضاح قال: وكان موقوفاً في كتاب ابن وضاح، وفيه قال ابن وضاح: قال سحنون: مسألة الغير أصح مسائلنا، وهو أصل جيد.

وذهب بعض المتأخرين إلى أن قول الغير وفاق، إلا على ما اختصره أبو محمد عنه فهو خلاف.

قال القاضي: والذي عندي أن كلام الغير هنا إنما هو قوله في أصل المسألة أول الكتاب في الإجارة على أن على الباني الآجر والجص، فأجازها مالك وابن القاسم، وقال فيها غيره: (إذا كان هذا على وجه القبالة يعني الضمان أولم يشترط عمل رجل بعينه فلا بأس به، إذا قدم نقده).

=

قال سحنون: رد مسألة الحائط إلى مسألة القبر[1].

قال ابن القاسم[2]: ولو آجرته[3] على حفر بئر، فحفر نصفها، ثم انهدمت فله بقدر ما عمل، أو كان بعد فراغها أخذ جميع الأجر، حفرها في ملكك أو في غير ملكك إلا أن يكون بمعنى الجعل فإن انهدمت قبل إسلامها إليك فلا شيء له[4] [...]

=

فحمل الغير المسألة أنها كالسلم، يلزم فيه شروطه، وإن لم يذكر منها ضرب الأجل؛ لأنه هنا المقبوض منها والمعجل في جنب ما بقي... تبعاً وقليلاً وأمد الفراغ منها معلوم، وما يدخل فيها من جص وآجر معلوم لا يخفى على الناس، فاستغنى عن ذكره.

وابن القاسم لم يراع هذا، ورآه إجارة وبيعا، كانت من عمل رجل بعينه أو بغير عينه، وشبهه ببيع السلعة للحاجة إلى ذلك، ولأن أمد فراغها معلوم، وما يدخلها معلوم، وأنه يشرع في العمل، وأنه أمر تعارفه الناس.

قال ابن أبي زمنين: هي مسألة لا يحملها القياس، وإنما هي استحسان واتباع، وقال سحنون: لا تحتملها الأصول، ومنعها عبد الملك في الثمانية فذلك معنى قول الغير هنا عندي: أي أن أصل المسألة: (لا تجوز هذه الإجارة في عمل رجل بعينه إن لم يكن مضموناً، وإنما تجوز الإجارة في المضمون)، وهذا أبين على رواية بعض الأمهات، ويكون خلافاً، وأما على ما عندنا، وعلى اختصار أبي محمد؛ فليس بخلاف، وعلى الخلاف حملها سحنون وقال: اردد مسألة الحائط إلى مسألة الغير، وهي أصح مسائلنا.

وقد وقع فيها في الأسدية زيادة حسنة، وهي: فإن تشاحا فعليه أن يبني ما بقي من العمل فيما يشبه، وله أجره كله، إلا أن يكون سقوط ذلك من سوء البناء فعليه أن يعيده ثانية حتى يبني الحائط كله.

قلت: فإن لم يكن من سوء البناء فعليه أن يبني له ما بقي من ذلك العمل فيما يشبه، وله أجره كله إذا تشاحا، وطلبا ذلك؟ قال: نعم. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1985، وما بعدها.

(1) لعلها: (الغير)، وانظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1987.

(2) قوله: (قال ابن القاسم) زيادة من (ف1).

(3) في (م): (أجره).

(4) عياض: وانظر مسألة القبر، ومسألة البئر؛ ففيها في الكتاب إشكال فيما حفر منها أعني البئر في غير ملك الإنسان في الإجارة، فقد قال ابن لبابة: إذا حفر نصفها فانهدمت له من الأجر بقدر ما عمل، سواء حفرها في ملك ربها أو في غير ملكه، إذا انهدمت، إذا كانت إجارة.

فتأول ابن لبابة أن معناها أن له الإجارة إن كان قد فرغ منها، وكذلك إن انهدمت، وقد فرغ من نصفها فله نصف الأجرة. ولم يرد تسوية الجواب فيما يملك، وفيما لا يملك، وأن الجعل بخلافه فيما

=

بجعل[1].

وقد قال مالك: في الأجير على حفر قبر، فإن انهدم قبل فراغه؛ فلا شيء له، وإن[2] انهدم بعد فراغه؛ فله الأجر، إن كان يريد بجعل[3].

قال ابن القاسم: وذلك فيما لا يملك من الأرضين[4].

قال ابن المواز: لا يكون الجعل في شيء إذا أراد المجعول له ترك العمل بعد أن شرع فيه، يبقى من عمله شيء ينتفع به الجاعل[5].

فأما البناء والحفر فيما يملك من الأرضين، فلا يجوز فيه الإجارة، فإن انهدم ذلك قبل تمامه، كان على الأجير أن يعمل له قدر ما بقي من ذلك، فيما يشبه ذلك من حفر أو بناء، وليس عليه أن يعيد له.

يملك، وفيما لا يملك، وفرق بينهما فيما نزل من العمل قبل التمام، فجعل هذه قولة له في الإجارة فيما يملك، وفيما لا يملك، ثم أدخل مسألة الجعل، فلما اختلط الكلام فيه مع الإجارة... دخله الإشكال.

ثم رجع إلى مسألة الإجارة فجاء بقول آخر أنه: (إنما يكون له بحسب ما عمل فيما يملك دون ما لا يملك)، حيث ذكر مسألة القبر، وهو: (الإجارة فيما لا يملك من الأرض) فبين أن هذا حكم الإجارة فيها. قال ابن لبابة: فهذان قولان، إذا كانت الإجارة فيما لا يملك من الأرض، ولم يختلف قوله فيها في المجاعلة أنه لا شيء له إلا بتمامها وتسليمها إلى ربها، وقد قال في الكتاب: وإسلامها فراغه منها.

قال ابن أبي زمنين: مسألة القبر خلاف قوله في مسألة البئر، وذكر قول سحنون أنها جيدة ترد إليها مسألة الحائط والبئر ينهدمان، والجعل والإجارة في هذا أمرهما واحد، إلا في خروج الجاعل متى شاء، ولزوم ذلك المستأجر، وما يملك من الأرض وما لا يملك سواء في هذا.

وأحسن ما جاء في هذا الأصل: أن المعاملة إذا وقعت في هذا فيما لا يملك من الأرضين فلا يجوز فيه إلا الجعل، وإذا وقعت فيما يملك فلا يجوز فيه إلا الإجارة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1987، وما بعدها.

(1) قوله: (... بجعل) زيادة غير واضحة في (م).

(2) قوله: (انهدم قبل فراغه؛ فلا شيء له، وإن) ساقط من (ف1).

(3) قوله: (إن كان يريد بجعل) زيادة من (ف1).

(4) انظر: المدونة: 8/106 و107.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 7/5.

ولو قال له: احفر لي بئراً بموضع كذا، فيما لا يملك من الأرضين جاز فيه الجعل؛ لأنه إن ترك لم ينتفع الجاعل بما عمل فيه، وليس له شيء إن انهدم قبل تمامه، ولو تركها بعد أن حفر بعضها فأجر الجاعل [(م: 221/ب)] غيره، أو جعل لآخر فأتمها؛ كان للأول بقدر ما انتفع به الآخر من عمله.

قال عيسى: قال ابن القاسم: يعطى الثاني جعله كاملاً، وعلى رب البئر الأولى قيمة ما انتفع به من عمله، كان أقل من جعله الأول أو أكثر[1].

قال ابن القاسم: وإن أجرت رجلين على حفر بئر، فحفرا بعضها، ثم مرض أحدهما فأتمها الآخر؛ فالأجر بينهما، وإن أرضى المريض الحافر بشيء طوعاً[2]؛ وإلا لم يقض عليه، والحافر متطوع له[3].

قال سحنون: هو متطوع لرب البئر؛ لا للمريض[4].

وإن أجرته على حفر قبر محفرة شقاً، فقلت: أنت أردته لحداً حمله على سنة الناس.

وإذا أراد الصناع، أو الأجراء تعجيل الأجر قبل الفراغ، وامتنع رب العمل، حملوه على المتعارف بين الناس فيه، فإن لم تكن لهم[5] فيه سنة؛ لم يقض لهم به إلا بعد فراغ أعمالهم.

وأما في الأكرية في جلد أو راحلة أو في إجارة بيع السلع ونحوه فبقدر ما مضى.

وليس للخياط إذا خاط نصف القميص أخذ نصف الأجر حتى يتم إذ لم يأخذها على ذلك.

وللصناع منع ما عملوه حتى يقبضوا أجورهم، وهم أحق به في الموت والفلس[6]، وكذلك حامل المتاع على رأسه، أو دابته أو سفينته.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 7/31.

(2) في (م): (تطوعاً).

(3) انظر: المدونة: 8/108.

(4) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5002.

(5) في (ف1): (له).

(6) في (ف1): (والتفليس).

ومن آجر أجيراً للخدمة؛ استخدمه على عرف الناس من خدمة الليل والنهار، كمناولته إياه ثوبه أو الماء في ليله، وليس عليه[1] فيما يمنعه من[2] النوم إلا من أمر يعرض المرة يستعمله فيه بعض ليله، كما لا ينبغي لأرباب العبيد إجهادهم، فمن عمل منهم في نهاره ما يجهده ؛ فلا يستطحنه في ليله، إلا أن يخفّ عمل نهاره، فليستطحنه ربه في ليله إن شاء من غير إفداح، وكُرِه ما أجهد، أو قلَّ أمنُه[3].

ولا يسافر بأجير الخدمة، ولا يجوز أن يشترط أنه إن سافر أو حرث؛ استعمله في ذلك.، ولا بأس باشتراط ما شابه الخدمة، من عجين وخبز وكنس، والمتباعد خطر؛ لتفاوت قيم الأعمال.

وإن استأجرت عبداً في خياطة أو خدمة؛ جاز أن تؤاجره في مثل ذلك، وإن استعملته في غير ذلك مما يعطب في مثله ضمنت.

قال سحنون: إذا حوله بغير إذن أهله في غير ما استعمله؛ ضمن بتعديه[4].

ابن القاسم[5]: وإن آجرت ثوباً لتلبسه؛ فلا تعطه غيرك يلبسه؛ لاختلاف اللبس والأمانة، وإن هلك بيدك لم تضمنه، وإن دفعته إلى من يلبسه سواك؛ ضمنته إن تلف[6].

قال سحنون: إذا دفعه إلى مثله؛ لم يضمن.

قال يحيى: ومسألةُ الفسطاط هي الأصلُ.

وكره مالك لمكتري الدابة لركوبه[7] كراءها من غيره كان مثله أو أخف منه، فإن فعل؛ لم يضمن، ولو بدا له عن السفر أو مات؛ أكريت من مثله، وكذلك الثياب في

---

(1) قوله: (عليه) ساقط من (ف1).

(2) قوله: (من) ساقط من (ف1).

(3) انظر: المدونة: 8/83 و84.

(4) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1979.

(5) قوله: (ابن القاسم) ساقط من (م).

(6) انظر: المدونة: 8/52 و53.

(7) في (م): (لركوبه).

الحياة والممات، وليس ككراء الحمولة والسفينة والدار.

وإن اكتريت منه[1] فسطاطاً إلى مكة، فأكريته من مثلك في الحال، أو في مثلك حاجتك إليه جاز ذلك وليس للظئر أن تأتي بغيرها ترضع، ولا للراعي أن يأتي بغيره وإن رضي رب الغنم لم يجز، وكذلك [(م: 222/أ)] إن جاء بعبده يرعى مكانه لم يجز وإن مات الرضيع وإن مات الرضيع فليس لهم أن يأتوا بصبي غيره؛ لاختلاف المؤنة[2] فيه.

محمد وكذلك الرائض إذا مات الفرس[3].

قال ابن ميسر: وكذلك معلم[4] الكتاب، إن[5] مات الصبي؛ لتفاوت اختلاف مؤنهم.

واختلف فيمن استؤجر على حصاد زرع، فهلك الزرع.

فقيل: يحصد له زرعاً غيره.

وقيل: تنفسخ الإجارة؛ لاختلاف الزرع، فإن كان بنصفه وقد طاب، فيضمن الأجير نصف قيمة الزرع الذي هلك؛ لأنه كان في ضمانه[6].

قال ابن القاسم[7]: وإذا توالدت الغنم؛ حُملا في رعاية الولد على عرف الناس، فإن لم يكن في سنتهم إلغاء الولد؛ لم يلزمه رعايتها[8].

قال أبو بكر: عليه أن يأتي بمن يرعى الغنم معه، ولا يفارق الأمهات.

قال ابن القاسم: وإن كانت يسيرة؛ جاز للراعي أن يرعى معها غيرها بأجر، وليس له ذلك في الكثيرة؛ لدخول التقصير برعاية غيرها، إلا أن يدخل معه راعياً

---

(1) قوله: (منه) زيادة من (ف1).

(2) في (م): (المؤن).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 7/38.

(4) في (م): (تعليم).

(5) في (ف1): (إذا).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 7/39.

(7) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ف1).

(8) انظر: المدونة: 8/90.

يقوى به[1].

قال سحنون: قوله: لا يأتي الراعي بغيره يرد هذا، فإن[2] اشترط عليه في القليلة أن[3] لا يرعى غيرها؛ جاز، ولزمه.

وأكره هذا الشرط في قليل القراض، إذ ليست بإجارة معلومة، فهذا يحيله عن وجه رخصته.

والإجارة تجوز مؤجلة وعلى بيع ببلد آخر، بخلاف القراض، وإن رعى غيرها بعد الشرط؛ فالإجارة لرب الأولى، وكذلك أجيرك للخدمة يؤاجر[4] نفسه من غيرك يوماً أو أكثر، فلك أخذ الأجر أو تركه، وإسقاط حصة ذلك اليوم من الأجر عنك.

قال غيره: إن لم يدخل برعاية الثانية على الأولى تقصير في الرعاية، فأجر الثانية للراعي[5].

وليس لرب الأولى زيادة عددها، وفي الباب الأول مسألة فسخ الإجارة في غيرها.

ومن آجر عبده، ثم باعه؛ فالإجارة أولى به، فإن كانت قريبة كيوم أو يومين فللمبتاع أخذه بعد المدة، وإن بعدت؛ لم يجز البيع، وليس له أخذه بعد تمامها[6].

---

(1) انظر: المدونة: 86/8.

(2) في (ف1): (وإن).

(3) قوله: (أن) ساقط من (م).

(4) في (ف1): (لو آجر).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 54/7.

(6) عياض: وقوله: (إذا باع عبده بعد أن آجره فالإجارة أولاً، وللمشتري رده في كثيرها ولا يجوز له الرضى به؛ لأنه من شراء المعين ليقبض إلى أجل، وإن كان كاليوم واليومين جاز البيع إذا كان لرب الدابة استثناء مثل هذا في بيعه).

قال عبد الحق: وهذا إذا رضي البائع، وإلا فله القيام بهذا العيب وإن كان إنما علم بهذا بعد انقضاء الإجارة، وكانت قريبة كاليوم واليومين جاز.

ويختلف هل له متكلم في أجرة هذين اليومين على ما سيأتي، وإن... كانت بعيدة؟

فقيل: للمبتاع رد ذلك، إلا أن يرضى بقبولها، والإجارة للبائع ولا يجوز أن يتراضيا على أن يمضيا البيع، وتكون الإجارة للمبتاع.

وقيل: هو كعيب ذهب يلزم المبتاع، وله الإجارة على ما أحب البائع... أو كره.

=

لا يجوز بيع عبد على أن يقبض إلى شهر، والعبد المستأجر يأبق، أو يمرض مرضاً بيناً، فإن الإجارة تفسخ، ولو رجع أو أفاق في بقية المدة؛ لزمه تمامها.

قال غيره: إلا أن يتفاسخا قبل ذلك[1].

وقال في موضع آخر: إلا أن تفسخ[2].

قال ابن القاسم: وكذلك رحى الماء ينقطع ماؤها، فهو عذر يفسخ به الكراء، ولو رجع الماء في بقية[3] المدة؛ لزمه باقيها[4].

وما بقي من أوجه هذه المسألة فقد نقلته[5] إلى الأكرية.

وإن آجر عبده، ثم هرب السيد إلى دار الحرب؛ كانت الإجارة بحالها، ولو هرب إليها العبد؛ فسخت الإجارة، إلا أن يرجع العبد في بقية من المدة، فيلزمه ما بقي منها.

وإن استأجر عبداً فألفاه سارقاً؛ فهو عيب يرد به كالبيع[6].

=

وقيل بل الأجر للمبتاع.

ولا علة هٰهنا؛ لأن الحكم أوجب هذا.

وقيل: يرجع المبتاع من الثمن بما بين قيمة العبد على القبض ناجزاً أو إلى آخر الإجارة.

واختلف في تأويل قوله في الكتاب: (إذا كانت إجارته قريبة اليوم واليومين، وما أشبهه، رأيت البيع جائزاً، وإن كان أجلاً بعيداً، رأيت أن يفسخ البيع ولا يكون له أن يأخذه بعد الإجارة).

فظاهر مساق أبي محمد، وابن أبي زمنين، وأكثرهم على أن كلامه في ذلك ابتداء، قبل انقضاء أمد الإجارة لا بعد انقضائها، ولهذا أورد بعضهم الكلام فيها بعد انقضاء الأجل كله للمتأخرين.

وظاهر الكلام عندي - وهو مفهوم مساق أبي إسحاق - أنه إنما تكلم على مسألة انقضاء الإجارة؛ لأنه جاء بذلك بعد قوله في السؤال: (أرأيت إن انقضت الإجارة أيكون للمشتري أن يأخذ العبد)، يريد: بالثمن، فأجابه بما تقدم.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1980، وما بعدها.

(1) انظر: المدونة: 8/49.

(2) انظر: المدونة: 8/85.

(3) قوله: (بقية) ساقط من (ف1).

(4) انظر: المدونة: 8/49.

(5) قوله: (فقد نقلته) يقابله في (ف1): (نقلتها).

(6) قوله: (كالبيع) ساقط من (ف1).

جامع ما تجوز فيه الإجارة أو به

ولما كانت الإجارة كالبيع، كان ما لم يجز بيعه ولا النفع به، لا تجوز إجارته ولا أن يكون للإجارة ثمناً، وذلك جائز فيما يجوز بيعه، وما لا يجوز لك عمله، لم يجز لك[1] أن تأخذ عليه أجراً.

قال ابن القاسم: [(م: 222/ب)] لا يجوز لمسلم أن يؤاجر نفسه أو عبده أو دابته في حمل خمر[2]، أو داره[3] في شيء من أمر الخمر، فإن فعل؛ فلا[4] يعطى من الإجارة[5] شيئاً لا ما سموا، ولا أجر مثله كالمسلم يبيع[6] خمراً[7].

قال محمد: وقيل: يؤخذ ثمن الخمر من النصراني، فيتصدق به.

وقيل: يترك إن لم يقبضه، فأما إن قبضه منه، فليتصدق به[8].

قال ابن القاسم[9]: وإن آجر نفسه من نصراني يرعى له الخنازير؛ أدب إلا أن يعذر بجهل، ولا بد في هذا[10] كله أن يتصدق بالإجارة، ولا تترك[11] للذمي، وهي لا تحل لمسلم بحال.

ولو باع النصراني منه خمراً، وهو يعلم أنه مسلم تصدقنا بالثمن على الكافر إن لم يقبضه، وأدبناه في ذلك وأهريقت على المسلم[12].

---

(1) قوله: (لك) ساقط من (ف1).

(2) في (م): (الخمر).

(3) في (م): (ولده).

(4) قوله: (فإن فعل فلا) يقابله في (ف1): (ولا).

(5) في (م): (الأجر).

(6) في (م): (باع).

(7) انظر: المدونة: 8/67.

(8) انظر: النوادر والزيادات: 6/179.

(9) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ف1).

(10) في (ف1): (ذلك).

(11) في (م): (يترك).

(12) انظر: المدونة: 8/70.

عياض: وقال في مشتري الخمر من النصراني: (يؤخذ الثمن فيتصدق به على المساكين)، ولم يفصل.

ومن كتاب السلم: ولا يجوز أن يؤاجر نصرانياً لبيع أو شراء أو تقاض، وأما للخدمة[1] فجائز، وليس لك منع عبدك النصراني من شرب الخمر، وشرائها وبيعها، وأكل الخنازير[2].

ومن كتاب الجعل: وأكره للمسلم أن يؤاجر نفسه من نصراني لحرث، أو بناء أو حراسة أو غير ذلك، وكذلك كره مالك أن يأخذ منه قراضاً[3].

قال ابن القاسم في كتاب القراض: ولو أخذه لم أره[4] حراماً[5].

ولا بأس بالإجارة على طرح الميتة والدم والعذرة، ولا يؤاجر على طرح الميتة بجلدها إذ لا يجوز بيعه.

ولا يكري داره ممن يتخذها كنيسة أو بيت نار[6]، كان في مدينة أو قرية لأهل =

وفي كتاب التجارة لأرض الحرب إنما كان يتصدق به إذا كان النصراني لم يقبضه، فإذا قبضه لم ينتزع منه. وقال سحنون: ينزع منه. وانظر قول ابن القاسم في مسألة إجارة الخنازير: (وأرى أن تؤخذ الإجارة من هذا النصراني فيتصدق بها على المساكين). وهذا هو أحد قولي مالك في كتاب محمد في أخذها من النصراني.

والقول الآخر: إنها لا تؤخذ منه إذا قبضها، ثم قال بعد ذلك: ويتصدق بالإجارة ولا تترك للنصراني، مثل قول مالك في الخمر فقد أشار بعضهم إلى أن هذا يدل أنه يؤخذ أيضاً في مسألة الخمر ثمن الخمر، وإن قبضه، كقول سحنون، وخلاف ما في كتاب التجارة لأرض الحرب.

قال القاضي: ويحتمل عندي أن يرجع إلى مسألة بيع المسلم الخمر من النصراني، وأن الثمن يؤخذ من النصراني على أحد قوليه فيكون نص أحد القولين هنا في الخمر ولا يصح في الإجارة تركها للنصراني بوجه؛ لأن تركها له في مسألة الخمر على أحد قوليه، وقد أغرمناه الخمر التي اشترى فكسرناها على المسلم، وتركنا للنصراني عوضه الذي يجوز له في دينه، وههنا إن لم نأخذ شيئا عن ثمن الرعي انتفع بخدمة المسلم باطلاً.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1968، وما بعدها.

(1) في (ف1): (الخدمة).

(2) انظر: المدونة: 6/326.

(3) انظر: المدونة: 8/82.

(4) قوله: (لم أره) يقابله في (ف1): (جاز ولا أراه).

(5) انظر: المدونة: 8/444.

(6) زاد بعده من (ف1) قوله: (فإن).

الذمة، ولا دابته ليركبوها لأعيادهم، أو بيع شاة يعلم أنهم يذبحونها لذلك.

ولا يصلح أن يبني مسجداً ليكريه ممن يصلي فيه، أو يكري بيته ممن يصلي فيه، وأجاز ذلك غيره في البيت[1].

وكره مالك السكنى بالأهل فوق ظهر المسجد، ولا بأس أن يكري أرضه على أن

---

(1) عياض: وقوله في: (الرجل يبني مسجداً ليكريه ممن يصلي فيه، وكراهيته له) في رواية ابن القاسم، وكذلك الذي أجر بيته من قوم ليصلوا فيه؛ قال: لا يعجبني ذلك وهو كمن أكرى المسجد، وقول غيره في البيت: لا بأس باستئجاره ممن يصلي فيه رمضان، وإجازته اكتراء الدار على أن تتخذ مسجداً، بين هذه المسائل فرق.
أما الأول الذي بنى مسجداً فأكراه فلو أباحه للمسلمين لكان حبساً لا حكم له ولا لأحد فيه.
وإن كان لم يبحه، إنما فعل ذلك ليكريه فهذا ليس من مكارم الأخلاق، وهذا معنى قوله والله أعلم في كراء المسجد: لا يصلح، وفي البيت: لا يعجبني، وأنه يجوز لو فعله كما أجاز إجارة المصحف لكنه ليس من مكارم الأخلاق وأفعال أهل الدين، وهذا معنى منع محمد عندي لإجارة المصحف، والفرق على هذا بين بيعه وإجارته بين، ألا تراه كيف كره إذا جعل متجراً والإجارة متجر مقصود بخلاف إذا دعت حاجة إلى ثمنه.
وقوله بعد هذا: (وهو كمن أكرى المسجد، بخلاف الذي أكرى أرضه أو داره لتتخذ مسجداً)؛ لأن هذا أكرى ما يجوز له كراؤه ليفعل فيه مكتريه ما شاء.
قال بعضهم: وكذلك عندي لو سلم البيت لمكتريه لكان كالدار، وإنما يكره كراؤه منهم أوقات الصلاة فقط، ثم يرجع إليه في غيرها، وهذا صحيح بين؛ لأنه أكراه منهم في الجملة لينتفعوا به مدة كرائه للصلاة وغيرها، وفيما شاء ومما هو من جنس الصلاة.
وإذا كان الكراء في المسألة الأخرى في أوقات الصلوات فقط، كان كراء للصلاة وحدها فقبيح، ولم يصلح، ولم يعجبه؛ إذ ليس من مكارم الأخلاق، فعلى هذا يحتمل أن يكون قول الغير وفاقاً، ويكون كلامه على وجه، وكلام ابن القاسم على وجه آخر كما شبهه بإجارة المسجد، أو يكون الغير تكلم على الجواز، إذا وقع وفعل، وقول ابن القاسم على كراهية فعله ابتداء، وهو ظاهر قول غيره لقوله ممن يصلي فيه رمضان، والله أعلم.
وكأن حمديس أشار إلى أن قوله في الدار خلاف قوله في البيت، وأنه لا فرق بينهما فعلى قوله يدخل من الخلاف في مسألة الدار ما يدخل في مسألة البيت، وسقط قول غيره في رواية يحيى.
وقول غيره في أهل العنوة: (وليس عليهم خراج في قراهم التي أقروا فيها، وإنما الخراج على الأرض)، انظره مع مسألة الجزية في الجهاد، وما نص عليه هنا، وما اختلف فيه من تأويل ذلك. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1962، وما بعدها.

تتخذ مسجداً عشر سنين، فإذا انقضت؛ كان النقض للذي بناه، ورجعت الأرض إلى ربها[1].

قال[2] سحنون: يجعله في غيره، وقول ابن القاسم أبين، وليس مثل الأرض تستحق، وقد بنيت مسجداً.

قال ابن القاسم[3]: ولا خير في الإجارة على الإمامة في الفرض، والنافلة[4] وفي قيام رمضان، وتجوز على الأذان والإقامة مع الصلاة، وكأن الأجر إنما وقع على الأذان والقيام بالمسجد، لا على الصلاة.

وقد أجرى عمر لسعد القرظ رزقاً على الأذان[5].

ولا بأس بالإجارة على تعليم القرآن كل سنة أو كل شهر بكذا وكذا[6]، أو على الحذاق بكذا[7]، القرآن كله أو نصفه أو سدسه بكذا، وتجوز الإجارة على تعليم الكتابة فقط، أو على الكتابة مع القرآن مشاهرة.

قال عطاء: ما علمت أن[8] أحداً يكره الأجر[9] على تعليم القرآن.

قال مالك: ولا بأس أن يشترط مع أجره شيئاً معلوماً كل فطر وأضحى[10].

ولا بأس بإجارة المصحف لجواز بيعه، وأجاز بيعه كثير من التابعين.

---

(1) انظر: المدونة: 8/64 و65.

(2) قوله: (قال) زيادة من (ف1).

(3) قوله: (قال ابن القاسم) زيادة من (ف1).

(4) في (ف1): (أو النافلة).

(5) انظر: المدونة: 8/60 و61.

(6) قوله: (وكذا) زيادة من (ف1).

(7) عياض: ويحذقهم القرآن: أي: يحفظهم إياه ويحسن تعليمه لهم. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1959.

(8) قوله: (أن) ساقط من (ف1).

(9) في (م): (الأخذ).

(10) انظر: المدونة: 8/58 و59.

قال ابن عباس: ما لم يجعله متجراً. وأما ما عملته بيدك فجائز[1].

قال ابن القاسم: وتجوز الإجارة على كتابها، وأكره الإجارة على تعليم الفقه والفرائض، كما أكره بيع كتبها[2].

وأكره الإجارة على تعليم الشعر والنوح[3] أو على كتابة ذلك أو على[4] إجارة كتب فيها ذلك أو بيعها، [(م: 223/أ)] وكره مالك بيع كتب الفقه، فكيف بهذه؟

وما كره بيعه فلا يؤاجر، وكره مالك قراءة القرآن بالألحان، فكيف بالغناء؟

ولا ينبغي إجارة الدف والمعازف[5] في العرس، وكره ذلك مالك وضعفه[6].

---

(1) انظر: المدونة: 8/57.

(2) انظر: المدونة: 8/58.

(3) في (ف1): (النحو)، المثبت موافق لما في المدونة، وفي تهذيب البراذعي: 3/355: (النحو).

عياض: وقوله: شعراً أو نوحاً. كذا هو، ومعناه: نوح المتصوفة، وأناشيدهم على طريق النوح والبكاء المسمى بالتغني، ورواه بعضهم نحوا وهو غلط، وخطأ. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1959.

(4) قوله: (على) زيادة من (ف1).

(5) عياض: والمعازف: عيدان الغناء. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1959.

(6) انظر: المدونة: 8/61، 62.

عياض: ظاهره: أنه راجع إلى الإجارة التي ترجم عليها، وهو أشبه فبين أنه ليس من عمل الصالحين.

والإجارة في مثل هذا ظاهرة الكراهة، وعلى الإجارة اختصرها أكثر المختصرين، وإن كان ضرب الدف مباحاً في العرس، فالإجارة ليست مثله فليس كل مباح تجوز الإجارة عليه.

قال بعضهم: يريد بقوله: فضعفه تضعيف قول من يجيزه، وإن كان التضعيف يعود على ضرب الدفاف المباح ضربها في العرس فهو غير المعروف من قوله وقول العلماء.

وقد قال: (أكره الملاهي كلها في الأعراس والولائم وغيرها)، وأنكر الصوت في هذا كله، إلا ما جاء في الحديث.

ووقع له في سماع ابن وهب في اللهو في العرس، إذا كان كثيراً مشتهراً أنا أكرهه، فإن كان خفيفا فلا بأس به.

=

ولا بأس بإجارة جميع المتاع، وما يبتذل من شوار بيت[1] أو آنية، وماعون[2] من فساطيط، وبسط وغرائر وجراب[3] ووسائد، وما يلبس من متاع الجسد، وجميع الآنية من القدور والصحاف، وغيرها والحجال[4] والقباب، والمكيال والميزان، والدلو والفأس والحبل وشبهه.

وما تحتاج إليه من ذلك في سفرك ذاهباً وراجعاً.

ولا بأس بإجارة حلي الذهب بذهب وفضة، وأجازه مالك ثم استثقله، وقال: ليس بحرام بين، وأنا أراه جائزاً[5].

ولا بأس بإجارة الفحل للإنزاء، كان فرساً أو حماراً أو بعيراً أو تيساً، على نزو أكوام[6] معروفة أو شهراً بكذا، وقاله عقيل بن أبي طالب وقاله عطاء وربيعة وقاله مالك وعبد العزيز، قالا: وأدركنا عليه العمل بالمدينة[7].

= وقد قالوا: إن مثل الدف المباح يجوز استئجاره، وأما المعازف فلا يجوز ضربها ولا استئجارها، وهي من أنواع البرابط والعيدان. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1961و 1962.

(1) وشوار البيت: متاعه، وفي حديث ابن اللُّتْبِيَّة أَنه جاء بشَوَار كَثِيرٍ هو بالفتح مَتاع البَيْت، انظر: لسان العرب: 4/434.

(2) والماعون: اسم جامع لمنافع البيت، كالقدر والفأس ونحوها، انظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: 6/2204.

(3) عياض: والجرب بضم الجيم والراء جمع جراب: وهي الأوعية. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1959.

(4) الحجال: جمع حجلة وهي ضرب من الستور تجعل أمام الأسرة. انظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، للجُبِّي، ص: 86.

(5) انظر: المدونة: 8/53.

(6) عياض: والأكوام: جمع كوم وهو الضراب والنزو، ويقال: كامها، يكومها، إذا فعل ذلك بها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1967.

(7) انظر: المدونة: 8/72 و73.

وإن شرط نزو الفحل حتى تُعِق[1] الرمكة[2]؛ لم تجز الإجارة.

ولا بأس بالإجارة[3] على قتل قصاص، -يريد وقد ثبت بحكم قاضٍ عدل-، أو على ضرب عبدك أو ولدك للأدب، وأما لغير ما ينبغي من الأدب؛ فلا يعجبني.

وإن آجره على قتل رجل ظلماً فقتله؛ فلا أجر له، وكل مستأجر على ما لا يجوز من ذلك، فعلى الأجير القصاص وعلى الذي آجره الأدب ولا بأس بإجارة الطبيب[4].

وأكره إجارة قسام القاضي أو الحساب، وقد كان خارجة ومجاهد لا يأخذان لذلك أجراً[5].

قال مالك في غير المدونة: ليس[6] بحرام، ولكنه ليس من عمل الأبرار[7].

ابن القاسم[8]: وللرجل إجارة ما حفر في ملكه من بئر ومأجل، لسقي غنم، أو غيرها وبيع مائها، وكذلك إن حفر في فنائه لحوزه، بخلاف ما حفره لاستقاء الناس[9].

وفي حريم البئر بقية هذا.

---

(1) قال الجوهري: أعقت الفرس، أي حملت فهي عَقوق. انظر: الصحاح: 4/1528.
عياض: وحتى تعق الرمكة بضم التاء، وكسر العين أي: تحمل. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1966.

(2) قال ابن منظور: الرَّمَكة: الفرس والبِرْذَوْنةُ التي تتخذ للنسل معرّب والجمع رَمَكٌ وأَرْماك جمع الجمع. الجوهري: الرَّمَكة الأُنثى من البراذين والجمع رماك ورَمَكات وأَرْماك.
انظر: لسان العرب: 10/432.

(3) قوله: (ولا بأس بالإجارة) ساقط من (ف1).

(4) انظر: المدونة: 8/62.

(5) انظر: المدونة: 8/64.

(6) في (ف1): (وليس).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 7/11.

(8) قوله: (ابن القاسم) زيادة من (ف1).

(9) انظر: المدونة: 8/74.

ولا بأس أن يؤاجر حافتي نهره ممن يبني عليه بيتاً، أو ينصب عليه[1] رحى.

قال في كتاب التجارة ببلد الحرب: إن نصب رحى في أرض رجل على[2] نهره بغير أمره، فله كراء الأرض، ولا كراء له في الماء[3].

قال:[4] ولا بأس أن يستأجر طريقاً في دار رجل، أو مصب مرحاض، قال: ومن استأجر مسيل ماء المطر من دار رجل، فما يعجبني؛ لأنه يقلُّ ويكثر ويكون ولا يكون[5].

ولا بأس بإجارة الحائط لحمل خشب، أو لبناء سترة عليه، أو لضرب وتدٍ، أو تعليق ستر كل شهر بكذا.

والحديث في غرز الخشب[6]، إنما هو ندب وحض على المرفق، ولا يقضى به، ولا بأس بإجارة رحى الماء بالطعام وغيره.

وأكره للأعزب أن يؤاجر حرة، أو أمة لخدمته يخلو معها، أو يزاملها[7] في حمل[8].

---

(1) قوله: (عليه) زيادة من (ف1).

(2) في (م): (وعلى).

(3) انظر: المدونة: 7/286.

(4) قوله: (قال:) زيادة من (ف1).

(5) انظر: المدونة: 8/48 و49.

(6) متفق عليه: أخرجه البخاري: 2/869، في باب لا يمنع جاره أن يغرز خشبه في جداره، من كتاب المظالم، برقم(2331)، ومسلم: 3/1230، في باب غرز الخشب في جدار الجار، من كتاب المساقاة، برقم(1609)، ومالك: 2/745، في باب القضاء في المرفق، من كتاب الأقضية، برقم(1430)، عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ: «لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره ثم يقول أبو هريرة ما لي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم».

(7) قال الجوهري: المزاملة: المعادلة على البعير، والزميل: الرديف. انظر: الصحاح: 4/1718.

(8) قوله: (في حمل) ساقط من (م).

في إجارة الظئر[1] والقضاء في ذلك

قال الله سبحانه في المطلقات: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [سورة الطلاق آية: 6]، وقال تبارك وتعالى: ﴿فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾ [سورة الطلاق آية: 6].

قال ابن القاسم: ولا بأس بإجارة الظئر على رضاع الصبي حولاً، أو حولين بكذا، وكذلك إن شرطت [(م: 223/ب)] طعامها عليهم وكسوتها.

ويحملون فيما يحتاج من المؤنة في غسل خرقه وتحميمه[2] ودهنه، ودق ريحانه وطيبه، على ما تعارفه الناس.

وترضعه بموضع شرطوا عندها، أو عند أبويه، وإن[3] لم يكن شرط ؛حملوا على سنة الناس، وشأن الناس الرضاع عند الأبوين، إلا امرأة لا يرضع مثلها عند الناس، أو يكون الأب وضيعاً لا يرضع مثلها عنده، فذلك لها إلا أن يشترط عليها ذلك[4].

وإذا آجرت الشريفة نفسها؛ لزمها ذلك، وإن لم يقض على مثلها برضاع ولدها؛ لأنها ألزمت ذلك نفسها، كما لو شاءت رضاع ولدها؛ لم تمنع[5].

ولا بأس أن يؤاجر الرجل أمه أو أخته، أو ذات رحمه على رضاع ولده، أو يؤاجر

---

(1) الظِّئْرُ مهموز العاطفةُ على غير ولدها المرْضِعةُ له من الناس والإِبل الذكرُ والأُنثى في ذلك سواء.
انظر: لسان العرب: 514/4.
عياض: والظئر: المرضع بكسر الظاء مهموز وقد يسهل، وجمعه ظؤرة بالضم وسكون الهمزة.
ووقع في المدونة عند شيوخنا في الجمع: الظؤورة، بضم الهمزة، وواو بعدها، والصواب الأول، ظؤرة مثل غرفة، ويجمع أيضاً على ظؤار بالضم وأصله من الظئار، بالكسر، وهو عطف الناقة على غير ولدها. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1982و 1983.

(2) في (ف1): (حميم).
عياض: وتحميم الصبيان: غسلهم بالحميم وهو الماء الحار. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1983.

(3) في (ف1): (فإن).

(4) انظر: المدونة: 8/ 94 و95.

(5) في (ف1): (يمنع).انظر: المدونة: 8/ 96 و97.

زوجته، أو خادمها على رضاع ولده من زوجة له أخرى.

وإذا مرضت الظئر مرضاً لا تقدر[1] معه على رضاع؛ فسخت الإجارة، ولو صحت في بقية منها أجبرت[2] على الرضاع بقيتها، ولها بعد[3] ذلك من الأجر بقدر ما أرضعت[4].

قال غيره: إلا أن تكون قد فسخت، فلا يلزمها[5].

وليس للزوج وطؤها إلا أن تؤاجر نفسها بغير[6] إذنه؛ فله الفسخ.

وإذا حملت الظئر فخيف على الصبي؛ فلهم فسخ الإجارة، وليس لها أن تأتي بغيرها ترضعه، ولا ذلك عليها.

وكذلك تفسخ[7] الإجارة بموت الصبي، ولها بحساب ما أرضعت، وليس لها ولا لأبويه أن يأتوا بصبي غيره ترضعه؛ لاختلاف مؤنة[8] ذلك بخلاف الرعاية وغيرها.

وقد أجاز مالك كراء الحمولة والسفينة في مثل ما أكريت، وكره ذلك في الراكب[9].

وإن سافر الأبوان؛ فليس لهما أخذ الصبي، إلا أن يدفعا إلى الظئر جميع الأجر[10].

---

(1) في (ف1): (يقدر).
(2) في (م): (جبرت)
(3) في (م): (بقدر).
(4) قوله: (بقدر ما أرضعت) ساقط من (م).
(5) انظر: المدونة: 8/97.
(6) في (ف1): (من غير).
(7) في (م): (تنفسخ).
(8) في (م): (مؤن).
(9) قوله: (وقد أجاز مالك... ذلك في الراكب) ساقط من (ف1)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/96.
(10) في (ف1): (الأجرة).

ولو آجرها لرضاع[1] صبيين حولين، فمات أحدهما بعد حول؛ وضع قدر ما ينوبه وذلك ربع الإجارة، إلا أن يختلف ذلك من رخص ذلك وغلائه، واختلاف الأزمنة من شتاء وصيف، وصبي كبير وصغير فبحسب ذلك، ثم لها أن ترضع مع الباقي غيره بإجارة.

قال[2] سحنون: تفسخ الإجارة إذ لا يحاط بذلك[3].

ولو آجرها على رضاع صبي؛ لم يكن لها أن ترضع معه غيره.

وإن آجر ظئرين، فماتت واحدة[4]؛ فللباقية ألا ترضع وحدها؛ للعون الذي فقدت.

وكذلك الأجيران[5] في رعاية غنم يموت أحدهما.

قال سحنون: تفسخ الإجارة في الظئر[6].

وإن آجر واحدة، ثم آجر أخرى تطوعاً، فماتت الثانية؛ فالرضاع للأولى لازم كما كانت، وإن ماتت الأولى؛ فعليه أن يأتي بمن يرضع مع الثانية.

وإن هلك الأب؛ فحصة باقي المدة من الأجر في مال الولد، قدمه الأب أو لم يقدمه، وترجع حصة باقي المدة إن قدمه ميراثاً، وليس بعطية وجبت، إذ لو مات الصبي لم تورث عنه، وكان للأب خاصة دون أمه، ففارق معنى الضمان في الذي يقول لرجل: اعمل لفلان عملاً، أو بعه سلعتك والثمن لك علي، فالثمن في ذمة الضامن إن مات، ولا طلب على المبتاع.

أراه يريد: لأن الأب إنما أدَّى في الرضاع أمراً لزمه في نفسه.

---

(1) في (ف1): (لرضيع).

(2) قوله: (قال) زيادة من (ف1).

(3) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4988.

(4) في (ف1): (الواحدة).

(5) في (م): (الأجيرين).

(6) قوله: (في الظئر) زيادة من (ف1)، وانظر المسألة في: التبصرة، للخمي، ص: 4988.

وفرق غيره بين ما قدم من إجارة الرضاع أو ما قدم من إجارة التعليم[1].

قال ابن القاسم[2]: وإن لم يدع الأب مالاً؛ فسخت الإجارة[3].

ولو تطوع رجل بأدائها؛ لم تفسخ، وما وجب للظئر فيما مضى [(م: 224/أ)] ففي ذمة الأب، ولا طلب فيه على الصبي، ولو أرضعته باقي المدة؛ لم تتبعه بشيء، وكذلك لو قالت: أرضعته على أن أتبعه؛ فهي متطوعة، كمن أنفق على يتيم لا مال له، وأشهد أنه يتبعه إن طرأ له شيء فذلك غير لازم له، وهو على وجه الحسبة.

قال: وأجر رضاع اللقيط، ومن لا مال له في بيت المال[4].

وقال مالك في مختصر ابن عبد الحكم: وإذا نقد الأب أجر مدة الرضاع، ثم مات الأب قبلها؛ فما بقي للصبي إلا أن يموت قبل ذلك، فيكون ما بقي بين ورثة الأب، أو للأب إن كان حيّاً، ولو مات الصبي في حياة الأب؛ كان ما بقي للأب خاصة[5].

في إجارة المولى عليه برق، أو ولاية والقضاء في الضمان في ذلك

والقضاء أن العبد والصبي[6] لا تجوز عقودهما إلا بإذن سيد العبد، أو ولي الصبي.

قال ابن القاسم: ولا يجوز أن يؤاجر صبي في عمل بغير إذن وليه، أو عبد غير مأذون له[7] إلا بإذن سيده، فإن فعل وعملا؛ فعليه الأكثر مما سمّي أو أجر المثل، كالتعدي في الدابة والغصب، وإن عطبا وكان عملاً يعطبان في مثله والسيد مخير في أخذ أجر عمل [(م: 224/ب)] العبد أو قيمة العبد يوم عمل ولا أجر له؛ لأنه ضمنه

---

(1) قوله: (أراه يريد لأن... من إجارة التعليم) ساقط من (ف1).

(2) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ف1).

(3) انظر: المدونة: 8/100.

(4) انظر: المدونة: 8/101.

(5) قوله: (خاصة) زيادة من (ف1).

(6) في (ف1): (أو الصبي).

(7) قوله: (له) ساقط من (ف1).

بالتعدي كسلعة وعليه في الحر الأكثر من أجر مثله أو ما سمى، والدية على العاقلة.

مالك: وإذا أنكر السيد أن يكون أذن له في الإجارة؛ لم يضمن مستعمله بأجر هلاكه إلا أن يؤاجره في غرر كالبئر ذات الحَمْأة[1] أو الهدم تحت الجدار بغير إذن أهله؛ فيضمن.

وكذلك إن أطلقه ربه في الإجارة ضمن من استعمله في هذا الغرر؛ لأنه لم يؤذن له في التغيير بنفسه.

ومن استأجر عبد قوم ثم خرج به إلى السفر بغير إذنه ضمنه.

قال ربيعة: من استعان عبدا فيما فيه الإجارة ضمنه.

وكذلك إن آجرك في غرر فأما الحر فلا أعلم فيه شيئاً إلا أن يستعمل في أمر لا يعلم منه ما يعلم من آجره.

ومن استعان غير بالغ فيما له بال ولمثله إجارة فهو ضامن ما أصابه.

قال مالك: فإن سلم فلسيد العبد الأجر.

وأما فيما لا إجارة فيه كمناولة النعل والقدح فلا عقل في هذا في حر ولا ضمان في عبد.

قال محمد: من أذن لعبده أو لولده في مثل البناء والأسفار فاستعملهما فيه أحدٌ بغير أجر فهلكا ضمن قيمة العبد في ماله ودية الصبي على العاقلة بتعديه باستعمالهما بغير أجر ولو كان بأجر لم يضمن[2].

وإن آجر يتيماً في حجره ثلاث سنين فاحتلم بعد سنة ولم يظهر ذلك به فلا يلزمه ما في المدة إلا أن يبقى كالشهر ويسير الأيام ولا يؤاجره وصيٌّ ولا أب بعد احتلامه.

قال يحيى: ورشده.

وأما إن أكرى ربعه ودوابه ورقيقه سنيناً ثم احتلم بعد مضي سنة فإن كان يظن بمثله ألا يحتلم في تلك المدة تعجل عليه الإحلام فلا فسخ له ويلزمه باقيها.

---

(1) الحَمْأة: الطين الأَسود المُنتن. انظر: لسان العرب، لابن منظور: 1/61.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 13/536.

قال غيره: لا تلزمه إلا فيما قلَّ.

قال ابن القاسم: وإن عقد عليه أمداً يعلم أنه يبلغ قبله لم يلزمه في نفسه ولا فيما ملك من ربع وغيره، وكذلك الآباء.

وأما سفيه بالغ آجر عليه ولي أو سلطان ريعه ورقيقه سنتين أو ثلاثة ثم انتقل إلى حال الرشد فذلك يلزمه؛ لأن الولي عقد يومئذ ما يجوز له.

قال غيره: إنما يجوز لولى هذا أن يكري عليه ربعه كالسنة ونحوها؛ لأنه جل كراء الناس وإذ ترجى إفاقته في كل يوم، وأما ما كثر فله فسخه.

وإن ما آجره الوصي بنفسه في عمل يتيمه فهو كالشراء يتعقبه الإمام فما كان خيراً له أمضاه.

وكذلك الأب في ابنه الصغير.

ومن آجر ابنه للخدمة فإن كان الابن غير محتلم جاز ذلك وكان له الأجرة.

في ضمان الأجير والراعي والحارس وضمان ما يواجر من الأشياء

قال ابن القاسم: وكل أجير فلا يضمن إلا بما تعدى فيه أو فرط ولا يضمن أجير الخدمة ما كسر من آنية أو أفسد من طحن أو أهراق من ماء أو لبن أو ما وطئ عليه فكسره أو أحرقه إلا أن يتعدى.

قال غيره: ما وطئ عليه أو عثر فهي جناية وإن سقط من يده لم يضمن، وقاله سحنون(1).

وحامل الدهن والطعام لا يضمن ما عثر به فأهراق أو انكسر أو فيما رفصت الدابة أو انقطع به الحبل إلا أن يغرم عثار دابته أو ضعف أحبله أو غرر في رباطه أو خرق في سوق دابته، ويتصدق فيما ادعى من ذلك إلا في الطعام والإدام، فإنه يضمن إلا أن يأتي ببينة أنه أهراق أو انكسر.

(1) انظر: المدونة: 8/104.

ولا ضمان على ممسك ثياب من دخل الحمام؛ لأنه أجير.

ولا ضمان على الرعاة إلا فيما تعدوا فيه وفرطوا في جميع ما رعوه من الغنم والدواب لأناس شتى أو لرجل واحد.

ولا يضمن ما سرق وإذا لم يفرط أو يضيع.

قال بعض التابعين: أو تقوم بينة بتعديه أو تفريطه.

وقال أبو الزناد: وإلا لم يلزمه إلا يمين والعبد الراعي إذا انتحر ضمن[1].

قال أبو الزناد في كتاب الرواحل[2]: إن استرعى العبد بغير إذن ربه[3]، فنحر أو باع؛ فليس على سيده، ولا في رقبة العبد شيء من ذلك[4].

قال ابن القاسم: وإذا اشترط على الراعي الضمان؛ فسدت الإجارة، ولا شيء عليه، وله أجر مثله بغير ضمان نافَ على التسمية أو نقص.

قال غيره: إن كان ذلك أكثر من التسمية؛ لم يزد عليها[5].

قال: ومحال أن يكون أكثر.

قال ابن القاسم: وكذلك إن شرطوا إن لم يأت بسمة ما مات منها؛ ضمن، فإن لم يأت بها؛ لم[6] يضمن، وله أجر مثله[7].

وإذا خاف الموت على شاة فذبحها؛ لم يضمن ويصدق، وإن جاء بها مذبوحة صدق[8].

---

(1) في (ف1): (يضمن)، اللفظ في تهذيب البراذعي: (قال ابن وهب: قال مالك رحمه الله: ولا ضمان على العبد الراعي إلا أن ينحر شيئاً فيضمنه): 3/373.

(2) قوله: (في كتاب الرواحل) ساقط من (ف1).

(3) في (م): (إذنه).

(4) انظر: المدونة: 8/180.

(5) في (ف1): (عليه).

(6) في (ف1): (فلا).

(7) انظر: المدونة: 8/92.

(8) قوله: (صدق) ساقط من (ف1).

قال غيره: يضمن ما ينحر[1].

والراعي مصدق فيما هلك أو سرق، ولو قال: ذبحتها، ثم سرقت صدق.

قال غيره: بالذبح ضمن[2].

وإن أنزى على الإبل والرمك، والبقر والغنم بغير إذن صاحبها[3] فعطبت ضمن وأشهب لا يضمنه.

وإن شرط عليه الرعاية [(م: 225/أ)] بموضع، فرعى في غيره؛ ضمن قيمتها يوم تعدى، كالمتعدي في الدابة، وله الأجر إلى يوم تعديه[4].

ومن مرّ براع لم ينبغ أن يستسقيه لبناً[5].

وما استأجرت من ثوب تلبسه، أو بسط أو غرائر أو آنية لسفرك أو فساطيط؛ فلا ضمان عليك لما ضاع أو هلك أو سرق، والقول قولك في ذلك، إلا أن عليك جميع الأجر، إلا أن تأتي بالبينة على وقت الضياع.

أما[6] في بدء سفرك أو بعد يوم من لبسك، فتسقط[7] عنك حصة باقي المدة من الإجارة.

وإن شهدوا أنك افتقدت ذلك في السفر، وطلبته بمحضرهم؛ حلفت وسقط عنك من يومئذ حصة باقي المدة من الإجارة.

قال غيره: أنت مصدق في الضياع، وعليك من الأجر ما أقررت بانتفاعه من المدة[8].

---

(1) في (ف1): (انتحر).

(2) في (ف1): (يضمن)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/92 و93.

(3) في (ف1): (أهلها).

(4) انظر: المدونة: 8/93.

(5) قوله: (لبناً) ساقط من (م)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/89.

(6) في (ف1): (أو أما).

(7) في (ف1): (فيسقط).

(8) انظر: المدونة: 8/50 و51.

قال ابن القاسم: وإن وجد[1] بعد المدة؛ لم يلزمك أجر مدة الضياع، بمنزلة الدابة تكترى أياماً، فتضيع في بعضها، فإنما عليه حصة الأيام التي لم تضع فيها، ولو لم يتلف، ولم تلبسه سائر المدة؛ لزمك[2] جميع الأجر.

ولو حبسته بعد المدة أياماً؛ كان عليك أجر حبسه بغير لباس، ليس كأجر اللابس[3] وقاله ابن نافع.

وقال غيره: بل بحساب ما استأجره به[4] إن كان ربه حاضراً يقدر على أخذه، وأنت مخير قادر على رده[5].

وروى أشهب لمالك فيمن اكترى جفنة وادعى الضياع؛ أنه يضمن[6].

قال يحيى: مسألة سوء.

قال ابن المواز: إنما الرواية في دعواه الكسر؛ لأنه يقدر على تصديق نفسه بإحضار الفلقتين، وأما الضياع فيصدق[7].

وفي رواية أخرى قال مالك: فأين فلقتاها؟[8].

قال ابن القاسم: ولا ضمان عليك فيما استأجرت إلا أن تتعدى أو تفرط[9].

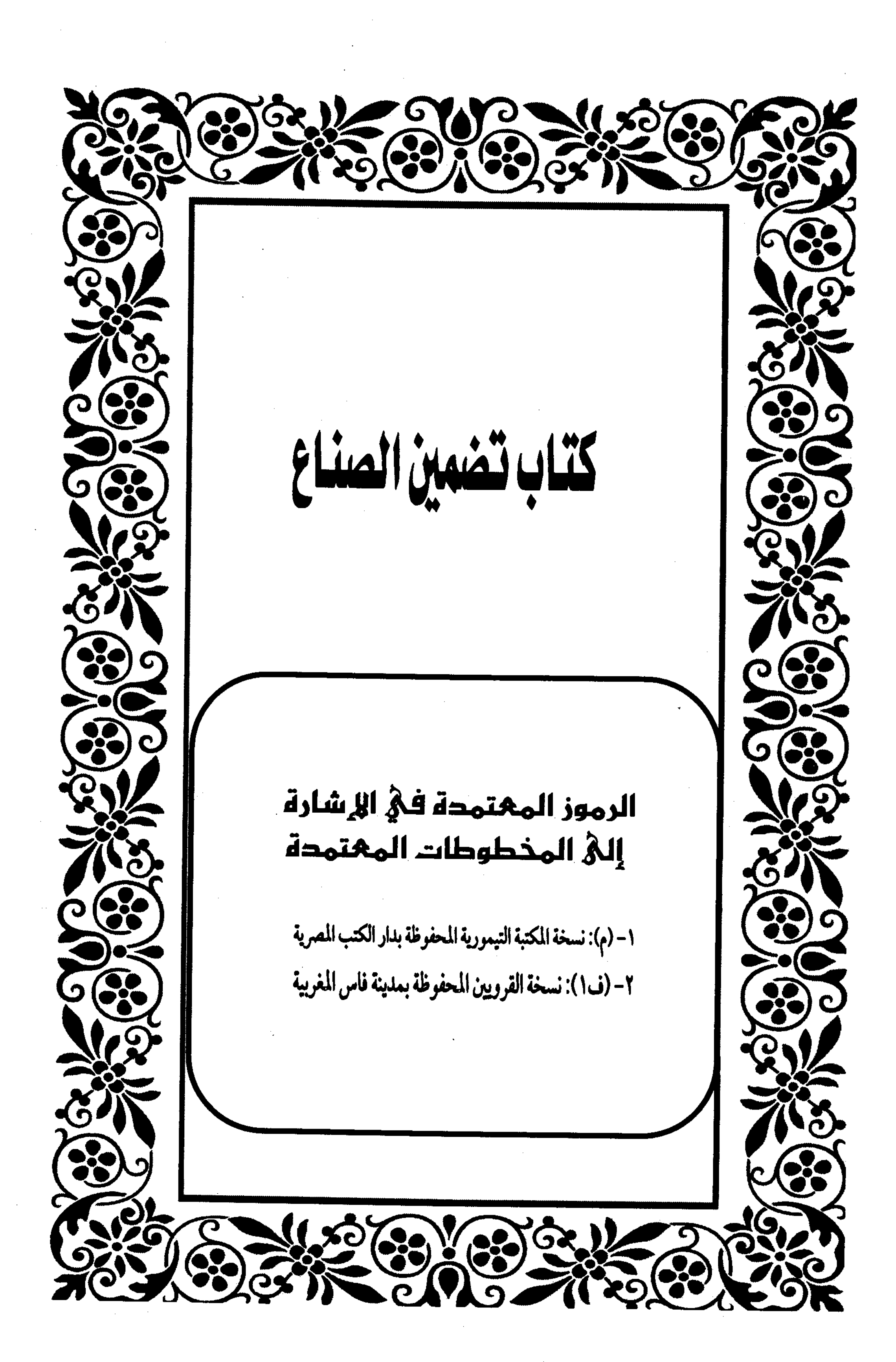
تم[10] كتاب الجعل والإجارة

بحمد الله وحسن معونته

---

(1) في (ف1): (وجدها).
(2) في (م): (ألزمك).
(3) في (ف1): (اللبس).
(4) قوله: (به) زيادة من (ف1).
(5) انظر: المدونة: 8/51 و52.
(6) انظر: المدونة: 8/51.
(7) في (ف1): (فيصدق).
(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/62.
(9) قوله: (تتعدى أو تفرط) يقابله في (م): (لمن يتعدى أو يفرط)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/52.
(10) في (ف1): (كمل).





كتاب تضمين الصناع

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١ - (م): نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية

٢ - (ف١): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية



كتاب تضمين الصناع[1]

القضاء في تضمين الصناع وضمان من أتلف مال غيره بغلط والبائع يدفع إلى المبتاع غير ثوبه فيقطعه

والقضاء أن جميع الأجراء لا يضمنون، وأنهم على الأمانة إلا في الصناع خاصة، إذ لم يقبضوا على الأمانة، ولكن للضرورة إذ لا غنى للناس[2] عنهم، فكان تضمينهم أصلح للعامة، كما نهى النبي ﷺ عن التلقي[3]؛ لصلاح العامة، وكذلك الاحتكار[4].

وقد قضى بتضمينهم عمر والخلفاء[5].

[(م: 225/ب)] ورويَ أن علياً قال: لا يصلح الناس[6] إلا ذلك[7].

قال ابن القاسم: قال مالك: فالصناع ضامنون لما غابوا عليه[8]، عملوا بأجر أو

---

(1) عياض: الصناع والأجراء الذين يضمنون هم المشترك بين الناس في صناعتهم الذين نصبوا أنفسهم للناس وجلسوا لذلك في أماكنهم، بخلاف الأجير الخاص للرجل أو الجماعة دون غيرهم.
والصانع الخاص الذي لم ينصب لذلك نفسه، فلا ضمان على هؤلاء عمل هؤلاء عند من استأجرهم أو عند أنفسهم، وهو في الجميع من الصنفين عملوا بأجر أم لا، الأول يضمنون في الوجهين والآخر لا يضمنون في الوجهين. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2001.

(2) في (م): (بالناس).

(3) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/758، في باب النهي عن تلقي الركبان، من كتاب البيوع، برقم: 2057، ومسلم: 3/1157، في باب تحريم تلقي الجلب، من كتاب البيوع، برقم: 1517، ومالك: 3/173، في باب ما يكره من النجش وتلقي السلع، من كتاب البيوع، برقم: 771.

(4) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات: 3/1227، برقم (1605).

(5) انظر: المدونة: 8/8 و9.

(6) في (م): (للناس).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 7/67.

(8) قوله: (غابوا عليه) زيادة من (ف1).

بغير أجر[1].

وكذلك ثوب يرقع أو حلي يصلح بغير أجر، وعليهم قيمة ذلك يوم قبضوه، وكذلك إن ادعوا هلاكه بعد تمام صنعته، وقد علمت بينة بتمام صنعته.

وأشهب[2]: يرى في الصناع والرهن والعارية الضمان، وإن قامت بينة بهلاك ذلك قال: لأن أصل ما قبضوه[3] على الضمان[4].

قال ابن القاسم: عن مالك في غير المدونة: وإن شرط الصناعُ أنهم لا يضمنون، لم ينفعهم ذلك، وقاله ابن القاسم[5].

ورويَ عن أشهب أنهم[6] ينفعهم ذلك[7].

قال ابن القاسم[8]: وليس لربه أن يضمن[9] الصانع قيمة الثوب مفروغاً، ويعطيه أجره[10].

وفي كتاب كراء الرواحل في الدواب؛ قال[11] محمد: وإن قامت بينة بفراغه وهلاكه، وجب للصانع أجره، وبرئ من الضمان[12].

قال ابن القاسم: في كتاب كراء الرواحل والدواب: إذا فرغ وقامت بينة بهلاكه وقد فرغ، لم يضمن ولا أجر لهم، إذ لم يسلموا الصنعة إلى رب المتاع[13].

---

(1) انظر: المدونة: 8/14 و15.

(2) في (م): (أشهب).

(3) في (م): (قبضوا).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 4/225 و226.

(5) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4876.

(6) في (ف1): (أنه قال).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 7/68.

(8) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ف1).

(9) في (م): (يغرم).

(10) انظر: المدونة: 8/7.

(11) قوله: (وفي كتاب كراء الرواحل في الدواب قال) زيادة من (ف1).

(12) انظر: النوادر والزيادات: 7/70.

(13) قوله: (قال ابن القاسم: في كتاب... إلى رب المتاع) ساقط من (ف1)، وانظر المسألة في:

وقال[1] ابن القاسم في المدونة[2]: وهم ضامنون لما تلف من الثياب، أو احترق أو أفسده[3] أجير الصانع[4].

ولا شيء على أجير الصانع، إلا أن يتعدى أو يفرط، كمن لم يسلم إليه الثوب من الصناع.

وأما احتراق الخبز فإن لم يفرط صاحب الفرن، ولا غرَّ من نفسه؛ فلا[5] يضمن لغلبة النار، وإن غرَّ أو فرط؛ ضمن[6].

ويضمن القصار قرض الفأر إذ لا يعرف، ولو علم أن الفأر قرضه من غير تضييع؛ لم يضمن[7].

وما قامت فيه بينة أنه ضاع أو سرق، أو أنه احترق بمعاينة من غير[8] سبب الصناع، لم يضمنه.

ولو مرَّ حطاب بثوب على حبل الصباغ فحرقه، ضمن، ولم يضمن الصباغ، وإن كان المارُّ معدماً، لأنه مما[9] ظهر أنه بغير سببه، ولما نشره في الطريق لم يكن لهذا أن يحرقه، كاصطدام الأحمال في الطريق، وكذلك من أوقف دابته[10] محملة في الطريق، فصدمها رجل فكسر ما عليها أو قتلها، لضمن.

= المدونة: 8/177.

(1) في (ف1): (قال).

(2) قوله: (في المدونة) زيادة من (ف1).

(3) في (ف1): (أفسد).

(4) انظر: المدونة: 8/9.

(5) في (م): (لم).

(6) انظر: المدونة: 8/9 و10.

(7) عياض: وفي كتاب ابن حبيب أنه محمول على غير التضييع حتى يثبت العداء أو التضييع. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2004.

(8) في (ف1): (بغير).

(9) في (ق): (قد).

(10) في (م): (دابة).

ولو[1] وضع قلالاً في الطريق، فمرَّ عليها رجل فتكسرت[2] لضمن.

وما عمله الصناع في دارك لم يضمنوه، وكذلك كل ما لم تسلمه إليهم إلا أن يتعدوا، وكذلك رب الحنطة يصحب الكري، وإذا دعاك الصانع إلى أخذ الثوب وقد فرغ، فلم تأخذه حتى ضاع، فهو له ضامن حتى يوصله[3] إلى يدك[4].

وإذا أخطأ الصباغ فصبغ غير ما أمرته، فلك أن تعطيه قيمة الصبغ، وتأخذ ثوبك، أو تضمنه قيمته يوم قبضه[5].

ولو دفع القصار ثوبك إلى غيرك[6] فقطعه[7] وخاطه، ودفع إليك ثوباً غيره، فإنك ترده، ثم لك تضمين القصار ثوبك، أو أخذه مخيطاً بعد دفع قيمة الخياطة للذي خاطه، نقصه ذلك أم زاده، ثم لا شيء لك[8] على القصار، وليس لك تضمين القاطع إذ لم يتعد، ولا لك أخذ الثوب بغير[9] غرم أجر الخياطة، ولك أخذ ما خاطه الغاصب بلا[10] غرم لأجر الخياطة لتعديه.

يريد: وهو بخلاف[11] صبغ الغاصب للثوب.

يريد أن[12] الصبغ لا يقدر على نزعه، وهو عين قائمة، والخياطة يقدر على نزعها، ثم لا ينتفع بذلك الغاصب [م: 226/أ] فصارت[13] كالجص والنقش في البناء،

(1) في (م): (أولو).
(2) في (ف1): (فكسرها).
(3) في (م): (يصل).
(4) انظر: المدونة: 12/8.
(5) انظر: المدونة: 10/8.
(6) قوله: (إلى غيرك) يقابله في (ف1): (لغيرك).
(7) في (ف1): (فقطه).
(8) قوله: (لك) ساقط من (ف1).
(9) في (م): (لغير).
(10) في (ف1): (بغير).
(11) في (م): (خلاف).
(12) قوله: (يريد أن) يقابله في (ف1): (إذ).
(13) في (ف1): (فصار).

وفارقت الأنقاض القائمة التي يقلعها ينتفع بها.

فلما لم يقدر على نزع الصبغ، كما قدر على قلع النقض، فعليه أن يعطيه قيمته؛ لأنها قائمة.

وأما أشهب فزعم في الغاصب أن الصبغ أيضاً شيءٌ مستهلك، وأنَّ لرب الثوب أخذَه بغير غرم، بخلاف البناء الذي هو شيء قائم، يقدر على نزعه[1].

ومن رواية غير يحيى: فإن أبيت أن تدفع أجر الخياطة[2] في الذي غلط به للقصار، فللذي خاطه أن يعطيك قيمته صحيحاً، أو يسلمه إليك مخيطاً، فإن أسلمه إليك، فأنت مخير في أخذه أو في تركه، ويضمن القصار.

وقال[3] سحنون: إذا أبيت من دفع أجر الخياطة إلى الذي خاطه، فليس لك إلا تضمين القصار، فإن ضمنته؛ قيل للقصار: ادفع أجر الخياطة للذي خاطه، فإن أبى دفع إليه الذي خاطه قيمة الثوب إن شاء، فإن أبى كانا شريكين، هذا بقيمة الثوب وهذا بقيمة الخياطة[4].

قال ابن القاسم: ولو دفع بائع إلى مبتاع غير ثوبه فقطعه، فللبائع أخذه مقطعاً، وليس ذلك بزيادة فيه ولا نقصان، فإن خاطه لم يأخذه البائع إلا بدفع قيمة أجر[5] الخياطة، إذ لم يتعد[6].

زاد أبو زيد في روايته: فإن أبى، قيل للذي خاطه: أعطه قيمة ثوبه، صحيحاً أو أسلمه إليه مخيطاً، ولا شيء لك، قال سحنون: إن أبيا كانا شريكين[7].

وقال أصبغ: يضمن المبتاع قيمته لأنها جناية[8].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 10/324.

(2) في (ف1): (الخياط).

(3) في (ف1): (قال).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 7/86.

(5) قوله: (أجر) زيادة من (ف1).

(6) انظر: المدونة: 8/11.

(7) انظر: النوادر والزيادات: 7/86.

(8) قوله: (وقال أصبغ: يضمن المبتاع قيمته لأنها جناية) ساقط من (ف1).

وإذا أفسد الخياط القميص في قطعه فساداً يسيراً، فعليه قيمة ما أفسد، وكذلك القصار.

قال محمد: بعد رفو الثوب، وإن كان كثيراً، ضمن قيمة الثوب كله وأخذه[1].

وإن سألت رجلاً قياسه، فزعم أنه يقطع قميصاً، فابتعته لقوله[2]، فلم يكسك[3] فقد لزمك، ولا شيء لك عليه، ولا على البائع.

وكذلك الصيرفي يقول في درهم تريه إياه: جيداً، فتلفيه[4] رديئاً، فإن غرَّا من أنفسهما؛ عوقبا ولم يغرما.

وإن[5] دفعت إلى حائك غزلاً ينسجه سبعاً في ثمان، فنسجه ستاً[6] في سبع، فلك أخذه وغرم جميع الأجر أو تركه، وتضمين الصانع قيمة الغزل.

وكذلك على من استهلك غزلاً قيمته.

وقال[7] غيره: يضمن مثله؛ لأنه مما يوزن، وإن اختار أخذ الثوب، كان للحائك بحساب ما عمل[8].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 69 و70.

(2) في (ف1): (بقوله).

(3) في (م): (يكسوك).

(4) في (م): (فيلفى).

(5) في (ف1): (إذا).

(6) في (ف1): (ستة).

(7) في (ف1): (قال).

(8) عياض: وقوله في مسألة الغزل: له أجره كله. قال بعضهم: هذا يدل أنه نسج الغزل كله وأدخله في الثوب وإلا فما يصح الجواب.
وقال بعضهم: إن كان قال له: اعمل هذا الغزل وادخل تحت جميعه فحينئذ جوابه في المسألة أن له الأجر كله، وإن كان قال له: اعمل لي ثوبا من هذا الغزل بقدر هذا، وإن عجز غزلي وفيتكه فصنع له أقل مما سمى له أو خلافه فأدخل الغزل له ؛ كان له من الأجر بحساب ما عمل. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2001 و2002.

قال[1] ابن حبيب ذكر[2] عن أصبغ وغيره[3]: والإجارة قائمة بينهما، وإن أدى القيمة فليأته[4] بغزل مثله، وعليه أن[5] يعمله[6].

وذكر عن ابن القاسم أنه قال[7]: إن وجد غزلاً مثله أداه، وكان عليه عمله[8]، وإن لم يجد مثله، أدى قيمته، والحائك مصدق في صفته، وتنفسخ[9] الإجارة بينهما[10].

جامع التداعي في الإجارات[11] وعمل الصناع والتداعي في كل شيء يرجع إلى أن البينة على المدعي، وكل غارم أو حائز فمدعى عليه

قال ابن القاسم: وإذا ادعى رب المتاع أن الصانع عمل[12] عملَه باطلاً، وقال الصانع: بأجر كذا، صدق الصانعُ فيما يشبه من الأجر، وإلا ردَّ إلى أجر مثله.

وقال غيره: يحلف ويأخذ الأقلَّ مما ادعى ومن أجر مثله[13].

[(م: 226/ب)] ومن ادعى على صباغ أو صناع[14] أو جزار فيما قد عمله أنه

---

(1) قوله: (قال) زيادة من (ف1).

(2) قوله: (ذكر) زيادة من (ف1).

(3) في (ف1): (أو غيره).

(4) في (ف1): (وليأته).

(5) في (م): (بأن).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 7/70.

(7) قوله: (قال) زيادة من (ف1).

(8) قوله: (عمله) ساقط من (ف1).

(9) في (ف1): (لا تفسخ)، والمثبت موافق لما في النوادر.

(10) انظر: النوادر والزيادات: 7/70.

(11) في (ف1): (الإجارة).

(12) قوله: (عمل) ساقط من (م).

(13) انظر: المدونة: 8/109 و110.

(14) في (ف1): (صانع).

أودعه إياه، وقال الصانع: بل استعملني فيه، فالصانع مصدق؛ لأنهم لا يشهدون في هذا، ولو جاز هذا لذهبت أعمالهم، وقال غيره: بل الصانع مدع.

وإن قال الصانع: قد استعملتني هذا المتاع، وقال ربه: بل سرق مني، تحالفا.

ثم قيل لربه: ادفع إليه قيمة عمله وخذه، فإن أبى، قيل للعامل: ادفع إليه قيمة ثوبه بغير عمل، فإن أبى كانا شريكين، هذا بقيمة ثوبه وهذا بقيمة عمله.

وقال[1] غيره: العامل مدع، ولا يكونا شريكين[2].

ورأيت في كتاب اللقطة وهي من الأسدية ولم يروها يحيى ولا أحمد وليست عندي وهي حيدة قال ابن القاسم في الصباغ تخطى فيصبغ غير ما أمر به: إن رب الثوب إن شاء أخذ ثوبه وغرم له قيمة الصبغ، فإن أبى فله تضمينه قيمة الثوب، ولا يكونان شريكين، ولم يقل لنا مالك: يكونان شريكين[3].

قال ابن القاسم: وكذلك إن ادعى أن الصانع سرقه منه، إلا أنه هاهنا إن كان ممن لا يشار إليه بذلك عوقب رب الثوب[4].

وإن أقمت بينة في قميص بيد رجل، أنها كانت ملحفة لك، لم تأخذها إلا بغرم قيمة الخياطة، وإلا قضى بما ذكرنا[5] في الصباغ يقول لرب[6] الثوب: سرق مني، وقاله مالك في يتيم باع ملحفة له فتداولتها الأيدي بالبيع، وقد صبغها آخرهم فإنهم يترادون الفضل بينهم[7].

وفي رواية سليمان بن سالم: يترادون الثمن بينهم، ولا شيء على اليتيم من الثمن؛

---

(1) في (م): (قال).

(2) انظر: المدونة: 8/110 و111.

(3) قوله: (ورأيت في كتاب اللقطة.... مالك يكونان شريكين) ساقط من (ف1).

(4) انظر: المدونة: 8/111.

(5) قوله: (قضى بما ذكرنا) يقابله في (ف1): (فهي كما).

(6) في (ف1): (له رب).

(7) انظر: المدونة: 8/111.

إلا أن يكون بيده قائماً فيرده[1]، ويكون اليتيم والذي صبغها آخراً شريكين، هذا بقيمة الصبغ واليتيم بقيمة الثوب أبيض، وبيعُه كلا بيع[2].

ومن كتاب الجعل والإجارة:[3] وإذا قال اللات للسويق لربه: أمرتني أن ألته لك بعشرة، وقال ربه: لم آمرك فيه بشيء، فالقول هاهنا قول ربه ويحلف[4]،وإن شاء دفع إليه عشرة وأخذه، فإن أبى قيل للات: ادفع إليه مثل سويقه غير ملتوت، وإلا فأسلمه إليه بلتاته[5]، ولا شيء لك.

يريد إذا شاء ربه فهو له ملتوتاً حين أسلمه إليه، فإن أبى فله تضمينه إليه[6]، ولا يكونان شريكين في الطعام لوجود مثله.

وقال غيره: إذا امتنع ربه من دفع أجر اللتات[7]، قضى له على اللات[8] بمثل سويقه غير ملتوت[9].

قال ابن المواز: القول قول اللات[10]، كقوله في الصباغ، وهذا[11] غلط[12].

قال أبو محمد: يحتمل أن يكون معنى قول ابن القاسم أنه لم يقر أنه دفعه إليه بإيداع ولا صنعة فيفارق الصناع والذي أقر أنه أحرزه إياه بإيداع فيصدق الصناع إذ الغالب منهم إنما يدفع إليهم للصنعة، ومسألة اللتات[13] لم يقر صاحبها أنه أسلمه إليه،

---

(1) في (م): (فيرد).

(2) قوله: (كلا بيع) يقابله في (ف1): (فيه كالبيع).

(3) قوله: (ومن كتاب الجعل والإجارة:) زيادة من (ف1).

(4) في (م): (حلف).

(5) في (م): (ولتاته).

(6) قوله: (يريد إذا شاء ربه... تضمينه إليه) زيادة من (ف1).

(7) في (ف1): (البتات).

(8) في (ف1): (البتات).

(9) انظر: المدونة: 112/8.

(10) قوله: (قول اللات) يقابله في (ف1): (ما قال البتات).

(11) في (م): (هذه).

(12) انظر: النوادر والزيادات: 80/7.

(13)في (ف1): (البتات).

فتدبره[1].

وإن قال: أمرتني أن ألته بعشرة ففعلت، وقال ربه: بل أمرتك بخمسة، وبها لتته فاللات[2] مصدق، إن أشبه أن يكون فيه بعشرة، لأنه مدعى عليه الضمان[3].

وكذلك الصباغ يختلف مع رب الثوب في مبلغ الأجر، فالصباغ مصدق إن أتى بما يشبه ويحلف، وإن جاء بما لا يشبه؛ صدق رب الثوب مع يمينه، فإن أتى[4] بما لا يشبه، فله أجر مثله واللات[5] مثله.

ولو قال رب الثوب: كان لي فيه صبغ متقدم، أو في السويق لتات متقدم، لم يصدق؛ لأنه ائتمن الذي أسلمه إليه، والقول قول الصباغ واللات[6] مع يمينه، وهذا في جميع ما ذكرنا، إذا أسلم إليه السويق، فأما إن لم يسلمه إليه ولم يغب عليه، فرب السويق مصدق في قوله [(م: 227/أ)]: أمرتك بخمسة، أو لم يأتمنه، وهو كمبتاع يقول: لم أشتر إلا بخمسة؛ فالقول قوله.

قال: وإن قال أهل البصر فيه سمن بعشرة، فإن لم يدع ربه أنه تقدم له فيه سمن، فاللات مصدق، وإن قال ربه: كان لي فيه لتات فهو مصدق، إذا لم يسلمه إليه، ولو أسلمه إليه لصدق رب السمن، ولم يصدق ربه أنه تقدم له فيها لتاتٌ[7].

وإذا صبغ الصباغ الثوب أحمر وأسود، وقال بذلك أمرتني وقال ربه: أمرتك بأخضر فالصباغ مصدق، إلا أن يصبغه صبغاً لا يشبه مثله.

وإذا صاغ الصائغ سوارين فقال ربهما: أمرتك بخلخالين فالصائغ مصدق.

قال سحنون: لأن أرباب المتاع يدعون تضمينهم، فالقول قول الصناع مع أيمانهم،

---

(1) قوله (فتدبره) زيادة من (ف1).

(2) في (ف1): (فالبتات).

(3) انظر: المدونة: 8/113.

(4) في (م): (أتيا).

(5) في (ف1): (البتات).

(6) في (ف1): (أو البتات).

(7) انظر: المدونة: 8/114 و115.

ولهم أجر [عملهم إلا أن يزيد على ما سموا][1] فلا يزادوا.

ومن ادعى أنه دفع إلى الصباغ متاعاً للعمل فأنكره فليحلفه أو يأتي ببينة.

وإن أقر الصانع بقبضه، وقال: عملته ورددته إليك؛ كلف البينة، وإلا ضمنه وعلى جميع الصناع البينة أنهم ردوا المتاع، عملوه بأجر أو بغير أجر أخذوه ببينة أم بغير بينة، إذا أقروا به.

وقال ابن الماجشون: القول قول الصناع في رد المتاع، إلا أن يدفع إليهم ببينة، فلا يبرؤون إلا ببينة[2].

قال ابن القاسم: وإذا قلع الحجام ضرس رجل بأجر، فقال له: لم آمرك إلا بقلع الذي يليه؛ فلا شيء عليه ؛ لأنه علم به حين قلعه وله أجره، إلا أن يصدقه الحجام، فلا يكون له أجر، وقال غيره: الحجام مدع[3].

قال سحنون: يريد في الأجر. وقال سحنون: كل واحد منهما مدعى عليه فيتحالفان، ويكون للحجام أجرُ مثله ما لم يجاوز التسمية[4].

وذكر الدعوى بين المتكاريين في الرواحل وفي الدور في موضعه بعد هذا.

وقد بقي من مسائل تضمين الصناع ذكر اختلاف المتبايعين، وفيمن وهب لرجل لحم شاة ولآخر جلدها، وقد كتبت ذلك في الجزء الأول من البيوع.

ونقلت منه إلى كتاب الأقضية ذكر اللقيط ومن فتح كوة إلى جاره، ومن اختلط له دينار بدنانير غيره، أو زئبق بزيت غيره وذكر اختلاط النحل وحمام الأبرجة، وفي الحكم بين أهل الذمة، وفيمن استُحق دابة أو غيرها فأراد وضع القيمة ليخرج بها إلى بينته.

تم كتاب تضمين[5] الصناع

بحمد الله وعونه

---

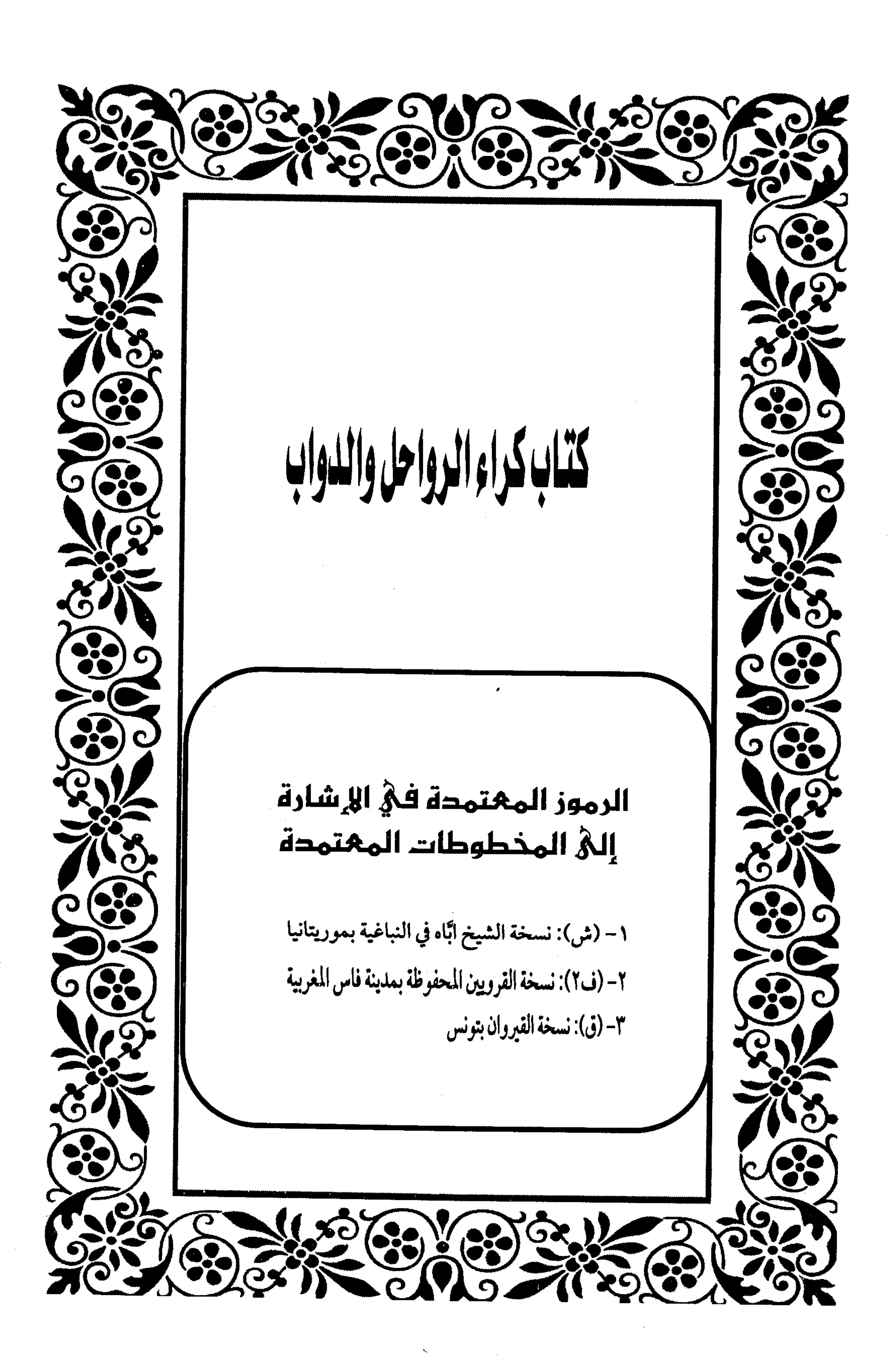
(1) ما بين المعكوفين غير واضح في (م) و(ف1)، وما أثبتناه من عقد الجواهر، لابن شاس: 3/939.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 7/83.

(3) انظر: المدونة: 8/112.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 7/83.

(5) قوله: (تم كتاب تضمين) يقابله في (ف1): (كمل كتاب).



كتاب كراء الرواحل والدواب

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١ - (ش): نسخة الشيخ ابّاه في النباغية بموريتانيا

٢ - (ف٢): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٣- (ق): نسخة القيروان بتونس

كتاب كراء الرواحل[1] والدواب

في الكراء المضمون والمعين والنقد فيه
يتأخر وهو عين أو عرض بعينه والضمان في ذلك وتأخير الركوب
ومن باع أو اشترى واستثنى الركوب

[2] قال: والمتكاريين كالمتباعيين فيما يحل بينهما ويحرم[3].

وكراء الدواب على وجهين: مضمون في ذمة، أو دابة بعينها[4].

وقد قضى عمر بن الخطاب أن الدابة المعينة إن هلكت انفسخ الكراء، ولا يأتي بغيرها، إلا أن يشترط البلاغ وهو المضمون، وقاله علي بن أبي طالب[5].

وإن شرط في المعينة إن ماتت أتاه بغيرها؛ لم يجز، وإن لم يشترط ذلك؛ جاز وينفسخ الكراء بموتها، وليس كرعاية الغنم المعينة، تلك لا يجوز فيها الرعاية، إلا باشتراط خلف ما مات منها.

والدابة هاهنا، كالراعي، لا يشترط إن مات أن يؤتى ببديل من ماله؛ وإنما تنفسخ الإجارة بموت الأجير، لا بهلاك المستأجر عليه[6].

ومن غير المدونة: قال محمد: لا يجوز في شخص بعينه، اشتراط ضمان عمله، ونفعه، لا راع، ولا راحلة بعينها، ولا حر ولا عبد، ولا مركب، ولا مسكن على أنه إن

---

(1) عياض: الراحلة: هي الناقة المعدة للركوب والمذللة له، وتستعمل في ذكور الإبل، وإناثها، وأصلها من الرحل الموضوع عليها، وهي الرحالة أيضاً بكسر الراء، وهو مركب شبيه الشد للنعال، ويسمى السرج أيضاً رحلاً، تشبيها به. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2083.

(2) هٰهنا انتهت نسخة المكتبة التيمورية المحفوظة بدار الكتب المصرية، والمرموز لها بالرمز (م)، وتم نسخ ومقابلة كتاب كراء الرواحل والدواب من نسخة (ف2)، والمحفوظة في القرويين بفاس.

(3) انظر: المدونة: 6/365.

(4) انظر: المدونة: 8/127.

(5) انظر: المدونة: 8/147.

(6) انظر: المدونة: 8/127 و128.

هلك ذلك أتى بمثله[1]، أو بيع شيء بعينه على؛ أنه إن هلك قبل أن يصل إلى المشتري ضمن البائع مثله، لا حيوان، ولا طعام، ولا عرض، يكال أو يوزن، أو لا يكال ولا يوزن.

وأما ما استؤجر فيه على عمله، أو حمله، أو رعايته؛ فلا يصلح أن يشترط أنه ذلك بعينه، ولا غيره، فيصير رب تلك الأشياء لا يقدر أن يبيعها، ثم يأتي بغيرها قبل تمام المدة، فإن هلكت، لم يقدر أن يأتي بغيرها؛ فإنما يجوز في الراحلة، والأجير أن يكون بعينه، فإذا مات؛ وقعت المحاسبة، فأما ما استؤجر عليه الأجير، فلا يكون إلا على أمر مبهم، لا على معين، ولكن على ما يجب على الكري، أو الأجير من تمام الحمل، والرعي، والعمل، بخلف ما هلك أو يبدله إن شاء، ولو أراه حين العقد ما يعمله، أو يحمله، أو يرعاه؛ فإن ذلك كالصفة لما يحمل، أو يعمل، أو يرعَى وإن شرط أنه بعينه لا يعدوه [لم يجز][2].

محمد: قال مالك: فيمن تكارى كراء مضمون إلى أجل، مثل الحج في غير إبانه فلا يجوز أن يتأخر النقد كله، ولكن يعجل منه الدينارين ونحوهما[3].

وكان يقول: لا ينبغي إلا أن ينقد مثل ثلثي الكراء في مثل هذا المضمون إلى أجل ثم رجع فقال: قد اقتطع الأكرياء أموال الناس، فلا بأس أن يؤخروهم بالنقد، ويعربنوهم الدينار وشبهه[4].

يريد؛ ولو كان مضموناً بغير أجل، وتسرع في الركوب؛ جاز بغير نقد، لأن قبض أوائل الركوب كقبض جميعه، إذ هو أكثر المقدور عليه في قبضه، ويريد إن أكرى كراء مضموناً لا يركب إلى أجل بعد؛ فالنقد فيه جائز بخلاف المعين؛ لا يجوز تأخير النقد بشرط في المضمون إلا بأقرب.

ومن المدونة: قال ابن القاسم: ولا بأس بتأخير الركوب في الراحلة بعينها شهر

(1) انظر: النوادر والزيادات: 7/38.

(2) انظر: الجامع، لابن يونس(العلمية): 5/132.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 7/91.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 6/371 و7/92، التبصرة، للخمي، ص: 5128.

وشهرين، ما لم ينقده[1]، ولم يجزه غيره.

فإن كان على أن الركوب، إلى اليوم، واليومين، وبأقرب؛ جاز النقد فيه، وإن بعد؛ لم تجز، ولا في كراء الخيار، إلا خيار في مجلسها، وإن كانت سنتهم النقد في المضمون، قضي بالنقد فيه[2].

وإذا اكتريت دابة لركوب، أو حمل، أو دار، أو استأجرت أجيراً بشيء بعينه، من عرض، أو حيوان، أو طعام، على أن ينقده؛ جاز، وإن شرطا تأخيره؛ لم يجز، كمبتاع شيء بعينه إلى أجل بعيد[3].

قال مالك فيمن ابتاع ثوباً، أو حيواناً بعينه على أن لا يقبضه إلا إلى شهر: إنه لا يجوز ويفسخ[4].

وأكره اشتراط تأخير قبض ذلك اليوم، واليومين، إلا لعذر، من ركوب دابة، أو لبس ثوب، وخدمة عبد، وغيره أو توثقاً حتى تشهد؛ فذلك جائز، وإن لم يكن لشيء من ذلك ؛ كرهته، ولا أفسخ به البيع.

وقد أجاز مالك تأخير الكائل اليومين للمشتري من صبرة معينة، ورأى في المشترط إن لم يأت بالثمن إلى أيام فلا بيع، له انفاذ البيع وسقوط الشرط عجل النقد أم

---

(1) انظر: المدونة: 8/130.

(2) انظر: المدونة: 8/129، وما بعدها.

(3) عياض: وقوله: (إن استأجرت أجيرا بثوب بعينه المسألة إلى قوله وإن لم يكن كراء الناس عندهم على النقد لم يصلح هذا الكراء إلا أن يكون الثوب نقدا)؛ معناه باشتراط في أصل العقد، وكذلك قوله بعد هذا في الذي أكرى إلى مكة بدراهم بأعيانها والكراء عندهم على غير النقد: (لا خير في ذلك، إلا أن يعجلها) ؛ أي يشترط ذلك، ويبينه قوله بعد هذا: (إلا أن يكون الكراء، وقع بالنقد فلا بأس به) وهذا على أصل قول ابن القاسم أن هذا الباب في السكوت عنه على الفساد، حتى يقع التصريح بالحلال، وعند ابن حبيب في هذه المسألة والباب كله أنه على الصحة حتى يقع التصريح بالفساد. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2083 و2084.

(4) انظر: المدونة: 8/132 و133.

أخره، ويقضى عليه بالنقد[1].

وأما الدنانير المعينة، فلا يعجبني تأخيرها اليوم واليومين؛ إلا أن يشترط المشتري [ضمانها أو أو يضعها رهناً بيد غيره؛ ولم يكرهه غيره وإن بقيت بيده]، لأنه لو ابتاع [بها] بعينها فاستحقت لقضي عليه بمثلها[2].

وإن اكترى بهذه المعينات عرض ونحوه، فتشاحا في النقد، ولم يشترطا شيئاً، فإن كان سنة الكراء بالبلد على النقد؛ جاز، وقضي بقبضها وإن لم تكن سنتهم بالنقد؛ لم يجز الكراء، وإن عجلت هذه الأشياء، إلا أن يشترطا النقد في العقدة، فإن أكراه بدنانير معينة ثم تشاحا في النقد؛ فإن كان الكراء بالبلد بالنقد قضي بنقدها، وإلا؛ لم يجز الكراء، إلا أن يعجلها، كقول مالك فيمن ابتاع سلعة بدنانير له ببلد آخر عند أحد، فإن شرط ضمانها إن هلكت جاز، وكذلك الكراء إن لم يشترط إن تلفت فعليه مثلها؛ لم يجز الكراء.

وقال في مسألة بعدها: فيمن اكترى إلى مكة بعرض معينة، أو بدنانير معينة، والكراء عندهم ليس على النقد، فقال: المتكاري أنا أعجل الدنانير، والعرض، ولا أفسخ الكراء؛ إن الكراء لا بد أن ينفسخ لفساد العقدة.

---

(1) انظر: المدونة: 8/135.

عياض: وقوله في مسألة: (إن لم تأت بالثمن إلى وقت، كذا فلا بيع بيني وبينك البيع لازم والشرط باطل)، ويجبر على النقد.

قال ابن لبابة وغيره: معناه إلى الأجل المشترط يأخذها له ولا يعجل عنه.

وقوله آخر المسألة: (وقد يحب المكتري أن ينتفع بها اليوم واليومين تؤخر سلعته في يده، ليركب أو يحضر حمولته فتكون وثيقة) ضرب في الأصول من قوله ليركب إلى آخر الكلام وثبت في بعضها، ولم يكن في كتاب ابن عتاب، وخرجه.

وقال فضل: كذا هو محوق في كتاب سعدون، وذكر أن سحنون أصلحه، وخط عليه، وذلك والله أعلم لاختلال نظم الكلام فتأمله. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2084 و2085.

(2) انظر: المدونة: 8/136.

قال غيره مثله إلا في الدنانير فإنه جائز عنده[1].

قال ابن القاسم: ولو شرطا تأخير الدنانير المعينة يومين على أن عليه مثلها إن هلكت؛ جاز في العين خاصة[2].

وقاله مالك في البيع بدنانير غائبة عند قاضي بلد آخر، إن شرط هذا فيها؛ وإلا لم يجز[3].

ولا يجوز اشتراط هذا، في عرض، ولا طعام، ولا إدام، في بيع، ولا كراء؛ لأنه مما يبتاع بعينه، فلا يدري أي الصفتين ابتاع ولا يراد في المال عينه، وأجاز غيره البيع بدنانير معينة؛ وإن لم يشترط خلفها إن هلكت.

قال: ولو هلكت؛ كان ذلك عليه بالقضاء، وإذ لو استحقت كان عليه مثلها.

وقال ابن القاسم: وإذا هلك هذا العرض المعين بيد المكتري، كان منه إن لم يعرف هلاكه وانتقض الكراء أو لا يقال: ائت بمثله، وكذلك إن استحق في هذا، أو إذا كان رأس مال السلم[4].

وكذلك في البيع يحبسه البائع ليقع به أو الثمن، إلا أن [تقوم] بهلاكه بينة، فيكون [كالحيوان] ضمانه من المبتاع، وتمام هذا في البيوع الأول.

ولا يجوز اشتراط ضمان ما هلك مما يتأخر قبضه اليوم واليومين، إلا في العين وحده.

قال غيره في الثياب والحيوان: وما لا يكال أو يوزن من العروض، يحبسها البائع لركوب، أو نفع، أو خدمة، بشرط يوماً أو يومين؛ فالنقد في ذلك جائز لقربه، وضمانها من المبتاع؛ لأنه كأنه قبضه وتلف في يديه، وكذلك إن اكترى بها دابة، أو داراً أو حبسها لذلك[5].

---

(1) انظر: المدونة: 8/133، وما بعدها، وتهذيب البراذعي: 3/437 و438.

(2) انظر: المدونة: 8/137.

(3) انظر: المدونة: 8/133 و134.

(4) انظر: المدونة: 8/136و 137.

(5) انظر: المدونة: 8/137.

قال ابن القاسم: ولا بأس ببيع الدابة واستثنى ركوبها يوماً ويومين وهي من المبتاع فيما يجوز استثناؤه، أو يسافر عليها اليوم، وإلى المكان القريب.

ولا ينبغي ما بَعُد؛ إذ لا يدري كيف ترجع إليه.

وضمانها فيما لا يجوز استثناؤه من البائع[1].

يريد إلا أن تكون على أن يقبضها المبتاع ثم يردها [إلى ما استثنى] فحال سوقها عند المبتاع، ثم ردها إلى ما استثنى فهذه من المبتاع.

ولا بأس ببيع عبد، وكراء راحلة، في صفقة، إن لم يشترط خلف الراحلة بعينها إن هلكت، فلا يجوز، إلا في المضمون.

جامع ما يحل ويحرم في الكراء، من عقد، أو شرك، وجامع القضاء فيه

والكراء يجري مجرى البيع، فيما يحل منه، ويحرم، والمتعارف من الأمر في الأكرية، كالمشترط.

وقد أجاز العلماء، أن يكري إلى مدينة كذا، وإن لم يسم أين ينزل منها [كري] منهل ينزل فيه وكيف صفة مسيره، وكم ينزل في طريقه واجتزوا بالمتعارف بين الناس من ذلك[2].

قال ابن القاسم: فمن أكرى من مكة إلى مصر، وهو إلى الفسطاط، وإن لم يذكراه لأنه المتعارف، وليس كمن أكرى إلى الشام، أو إلى خراسان؛ لأنها [كُوَر وأجناد فلا يجوز حتى يسمي أي كورة] أو مدينة وأما لفلسطين، فإن كان المتعارف الرملة؛ كان إليها وجاز[3].

وإن أكرى من رجل [على حمل رجلين أو] امرأتين لم يرهما لتساوي الأجسام، إلا

---

(1) انظر: المدونة: 8/128 و129.

(2) انظر: المدونة: 7/167.

(3) انظر: المدونة: 8/181.

الخاص فإن أتاه [بفادحين][1] لم يلزمه ذلك.

ينبغي ألا يلزمه حملها، ويكون الكراء قائماً بينهما[2]، وليأت [...] شرط أو يكري الإبل في مثال ذلك.

ويجوز كراء حمل محمل لا يذكر وِطاؤه، ويحمل كُوطاء الناس، وكذلك على زاملة[3] لا يخبره بما فيها ؛ ويحملا على المتعارف، من الزوامل لحاج، أو غيره؛ وعليه حمل المتعارف من المعاليق، وغيرها، ولو شرط عليه حمل هدايا مكة، فإن كان أمراً عرف وجهه؛ جاز، وإلا لم يجز[4].

وأجاز للمكتري أن يحمل في عَيْبَتِه[5] ثوباً، أو ثوبين لغيره، وهو من شأن الناس، ولو بيّن هذه الأشياء ووزنها؛ كان أحسن.

إذا ولدت المكترية؛ جبر المكري على حمل الولد، وإن لم يشترط.

ولا بأس أن يكري محملاً، ويشترط عقبة الأجير[6].

ولا بأس أن تكري إبلاً من رجل على أن عليك رحلتها، أو تكتري دابةً بعلفها، أو أجيراً بطعامه، أو إبلاً على أن عليك علفها وطعام ربها، أو على أن عليه هو طعامك ذاهباً وراجعاً، فذلك جائز، وإن لم تصف النفقة، وذلك معروف.

والزوج إذا تزوج لا يجد للزوجة نفقة، ولا بأس أن يؤاجر الحر أو العبد أجلاً معلوماً بطعامه في الأجل، أو بكسوته فيه؛ شرطا في ذلك وفي الكراء مع الكسوة أو الطعام دنانير أو عرضاً، أم لا[7].

---

(1) بفادحين: أي معطبين يثقلهما، ومنه فادحات الدهر أي معطبات الدهر. انظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، للجُبّي، ص: 77.

(2) انظر: المدونة: 8/182.

(3) عياض: (والزاملة): ما يحمل فيه مثل الأخراج وشبهها ويشد على الدواب ونحو منها الراحلة. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2090.

(4) انظر: المدونة: 8/182 و183.

(5) قال ابن منظور: العَيْبَةُ ما يجعل فيه الثياب. انظر: لسان العرب: 1/633.

(6) انظر: المدونة: 8/183.

(7) عياض: وقوله في اشتراط نفقة المستأجر: (فلو اشترط الكسوة فلا بأس به)؛ معناه كسوة مثله أو

وإن شرط عرضاً بعينه؛ فليتعجله، ويجوز تأخير المضمون إن ضرب له أجلاً.

وإن اكتريت دابة لتركبها في حوائجك شهراً متى شئت، من ليل أو نهار، فإن كان على ما يركب الناس الدواب؛ جاز.

وكذلك إن اكتريتها لطحن قمح شهراً بعينه، ولم تذكر كم تطحن كل يوم؛ لأن وجه طحين الناس معروف.

قال ابن حبيب عن مالك: وكذلك ليحمل عليها حوائجه، وإن لم يسم كيلاً، ولا وزناً؛(1) فهو مثل قوله: أركبها شهراً في حوائجه.

(2) [(ش: 1/أ)] ولا بأس أن يستأجر دواباً(3)، لرجل واحد في صفقة؛ ليحمل عليها مائة قفيز طعام، وإن لم يسم؛ حمل كل دابة، وليحمل على كل دابة بقدر قوتها، وإن كانت لرجال شتى، وحملها مختلف؛ فلا خير فيه؛ إذ لا يدري كل واحد بما أكرى دابته كالبيوع، وأجازه غيره(4) في البيوع(5).

ولا يجوز كراء دابة ليشيع عليها رجلاً؛ حتى يسمى منتهى التشييع.

قال غيره: [(ش: 1/ب)] إلا أن يكون مبلغ التشييع بالبلد قد عرف؛ فلا بأس به(6).

وإن اكتريت دابة ولم تسم ما تحمل عليها؛ لم يجز إلا من قوم قد عرف حملهم، فذلك لازم على ما عرفوا من الحمل.

=

كسوة كذا أو فهم من قوله: الكسوة كسوة معهودة، وإلا فلو اشترط كسوة في إجارته أجملها، ولم يعرفها بصفة ولا عرف ولا تعيين لم يجز. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2085.

(1) انظر: النوادر والزيادات: 128/7.

(2) هٰهنا بدأت النسخة المرموز لها بالرمز (ش)، والتي يحفظ أصلها في مكتبة الشيخ: اباه، بالنباغية في الجمهورية الإسلامية الموريتانية.

(3) في (ش): (دواب).

(4) في (فـ2): (أشهب).

(5) انظر: المدونة: 49/8.

(6) انظر: المدونة: 140/8.

قال غيره: ولو سمى حمل طعام، أو بز، أو عطر؛ جاز، وحملها قدر حمل مثلها.

ولو قال: احمل عليها مثل حملها مما شئت؛ لم يجز[1]؛ لاختلاف ضرر الأشياء في الحمل[2]، وكذلك ليركبها إلى أي بلد شاء؛ لا يجوز لاختلاف الطرق في السهولة[3] والوعورة.

وكذلك الحوانيت، والدور[4]، وكل ما تباعد الاختلاف فيه؛ لأن في ذلك ما هو

---

(1) عياض: وقوله: (فيمن تكارى دابة ولم يسم ما يحمل عليها الكراء فاسد)، إلا أن يكون قوم عرفوا ما يحملون فإذا عرفوا الحمولة بينهم لزمهم على ما عرفوا، وقال غيره: (إن كان سمى طعاماً أو بزاً، جاز وإن قال: احمل عليها ما شئت لم يجز. قال القاضي: اختلف التأويل في هذا، هل هو وفاق؟ أو خلاف؟ فحمله بعض القرويين على الخلاف، وأن معنى قوله عرفوا ما يحملون؛ أي قدره، وحملها الأندلسيون على الوفاق؛ أي عرفوا جنسه، ونوع ما يحملون من التجارة، فلا يضرهم جهل مقداره. وإليه ذهب فضل وهو ظاهر الكتاب، أنه متى كان للجنس عرف لم تبال عن التقدير، وحملت الدابة حمل مثلها، وقد قاله في الباب قبل هذا في مكتري الدواب من رجل ليحمل عليها مائة أردب، ولم يسم ما تحمل كل دابة قال: (ذلك جائز ويحمل على كل دابة بقدر ما تقوى، إذا كانت لرجل واحد)، وكذلك يدل قوله في مسألة (زوامل الحاج). اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2085 و2086.

(2) في (ش): (الأشياء).

(3) قوله: (في السهولة) يقابله في (ف2): (بالسهولة).

(4) عياض: وقوله: (إذا اكترى دابة ليحمل عليها حمل مثلها مما شاء لا خير فيه؛ لأن من الحمولة ما هو أضر بالدواب) إلى آخر المسألة.
ثم قال: (وكذلك الحوانيت والدور).
ثم قال: (لأن رب الدابة والحوانيت باعوا من منافع ذلك ما لا يدرون؛ لاختلاف ذلك، ولأنه خارج عن أكرية الناس).
وقال في كتاب أكرية الدور: (إذا اكترى حانوتاً ولم يسم ما يعمل فيه جاز) قال بعض شيوخنا الأندلسيين: هذا أصل مختلف فيه، أجازه هنا، ولم يجزه في الأخرى.
قال القاضي: والصواب أنه وفاق وأن ترجع إجازته؛ لما تقدم من عرف الناس فيما يعمل فيه، وفي تلك السوق، كما قال في مسألة الدابة، قبل: الكراء فاسد (إلا أن يكون قوم عرفوا ما يحملون) وقوله في هذه المسألة: (وكل ما اختلف فيه حتى تباعد ذلك تباعدا بينا فلا خير فيه؛ لأن من ذلك ما هو أضر بالجدار، ومنه ما لا يضر) مثل أن يكون الحانوت في سوق معلوم بما يباع فيه فما عمل فيه من ذلك وما يقرب منه جاز، وإن لم يسم ما يعمل فيه، ولو أراد أن يعمل صناعة الحدادين والصباغين

أضر بالجدرات، وأن رب الدابة والمسكن باع من منافعهما[1] ما لا يدري؛ ألا ترى أن من حمل ما ليس بأضر[2] مما شرط من بز، في مكان بز، أو طعاماً[3] في مكان سمسم لم يضمن.

ولو حمل الرصاص، أو الحجارة؛ ضمن[4].

أراه على أن يجعل في الدار والحانوت ما يشاء وأما إن سكنا فجاز ويمنع من الضرر[5].

وأجاز ابن القاسم في كتاب كراء الدور كراء[6] حانوت لا يسمى ما يعمل فيه، قال: ويمنع ما[7] يضرُّ بالحانوت[8].

قال ابن القاسم: ولا يجوز أن يكري إلى مكة مما اكترى[9] الناس[10].

وإن أكرى إبله بطعام مضمون لم يضرب له أجلاً، ولا ذكر موضع قبضه، فإن لم يكن للناس في ذلك سنة معروفة؛ لم يجز، وكذلك بثوب مضمون، إلا أن يتراضوا[11] =

في حانوت من حوانيت سوق البز أو العطر لمنع ؛ إذ ليس هذا هو عرف كرائه، ولما فيه من المضرة الظاهرة الزائدة على ما يكرى له في العادة، ولأن قوله في الكتاب: واشترط أن يعمل فيه ما شاء، يوجب شرطه له أن يعمل فيه ما تباعد، وهذا يدخله الغرر فلذلك لم يجزه هنا، وليس في مسألة أكرية الدور هذا الشرط. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2088، ومابعدها.

(1) في (ف2): (منافعها).

(2) في (ش): (أضر).

(3) في (ش): (طعام).

(4) انظر: المدونة: 8/141و 142.

(5) قوله: (أراه على أن يجعل... ويمنع من الضرر.) زيادة من (ف2).

(6) في (ش): (وكراء).

(7) في (ف2): (مما).

(8) انظر: المدونة: 8/221.

(9) في (ف2): (أكرى).

(10) انظر: المدونة: 8/142.

(11) في (ف2): (يتراضيا).

الآن على أمر جائز.

يريد بعد فسخ الأول.

ولا يجوز الكراء بثوب مرويَ لا يصف رفعته وذرعه كالبيع.

وإن اكتريت دابتين، واحدة إلى برقة، وأخرى إلى إفريقية ؛ لم يجز حتى يُعَيّن التي إلى إفريقية، والتي إلى برقة.

ولا يجوز أن تكرى منه على أنه إن[1] أدخلك مكة في عشرة أيام؛ فله عشرة دنانير، وإن أدخلك في أكثر؛ فله خمسة، فإن نزل ذلك وبلغك إلى مكة؛ فله كراء مثله في سرعة السير وبطئه، ولا ينظر إلى ما سميتها.

وإن أكروا مشاة على أزوادهم، على أن لهم حمل من مرض؛ لم يجز، وإن اكترى منه على أنه إن بلغه موضع كذا يوم كذا[2]، وإلا فلا كراء له؛ لم يجز[3].

---

(1) قوله: (إن) ساقط من (ش).

(2) قوله: (يوم كذا) ساقط من (ف2).

(3) عياض: وقوله: (إن تكاريت دابة من رجل على أن يبلغني موضع كذا إلى أجل كذا، وإلا فلا كراء له قال: لا خير فيه) ؛ لأنه شرط لا يدري ما يكون فيه من الكراء؛ لأن هذا غرر لا يدري أيتم له أم لا فلا يكون له من الكراء شيء. قال القاضي: أشار بعضهم أن وجه فساده أنها من مدتين في مدة، وشرطين في بيع، وعارضوها بما في باب فسخ الكراء بعده من إجازته (استئجار الثور ليطحن كل يوم إردبين بدرهم)، وفي الباب الآخر في النقد في الكراء، وظاهر المسألتين جوازهما ابتداء.
وقد اعترض مسألة الثور يحيى بن عمر، وأنكرها، وقال: هذا من مدتين في مدة، وقال: إنما استسهل هذا مالك؛ لقلته فالقولان قائمان في هذه المسألة من المدونة من هاتين المسألتين والخلاف فيهما معلوم في العتبية عن مالك وأصحابه والمشهور، والأكثر أنه لا يجوز، وهذا كله فيما يمكن غالباً أن يتمه ويعمله في الأجل.
وقد وقع له في الخياط إن علم أنه إن اجتهد في ذلك فرغ منه؛ يعني في يومه جاز، ولو كان هذا الذي استأجره عليه مما لا يعلم، هل يتم في الأجل أم لا؟ لم يجز، قولاً واحداً؛ لأنه غرر. وكذلك اختلف إذا ضرب الأجل بعد تمام العقد، فقال له: إن أكملت هذا الثوب اليوم زدتك كذا فاستخفه مالك مرة، وقاله غيره.
وقال ابن القاسم: لا خير فيه. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2086، ومابعدها.

وكل من ركب أو حمل في كراء فاسد؛ فعليه كراء المثل[1].

وإذا اكتريت [(ش: 2/أ)] بدراهم، ولم تشترط نقدها، وكراء الناس مؤخر[2]- يريد إلى الغاية[3]-،أو لم يكن مؤخراً، وشرطت تأخيرها؛ لم يجز أن تعطي بها دنانير نقداً قبل الركوب، أو بعده؛ ما لم تحل الدراهم ببلوغ الغاية.

وكذلك[4] لو دفعت دراهم عن دنانير، ولو شرطتها النقد، أو كان[5] كراء الناس بالنقد[6]؛ جاز دفعك من الدراهم دنانير، نقداً كان الكراء معيناً[7] أو مضموناً، ثم إن هلكت الراحلة بعينها لبعض[8] الطريق؛ رجعت بحصة ما بقي دنانير كما نقدت، ولو كنت دفعت عن الدراهم عرضاً[9]؛ لرجعت بدراهم كما عليه عقدت.

ومن أكرى[10] بطعام؛ فلا يبعه قبل قبضه.

القضاء في إلزام الكراء، وفسخ الكراء لعيب، أو عذر، وأحدهما يهرب، أو يموت، أو يغيب، أو يفلس، والإقالة في الكراء

ومن القضاء إلزام الكراء، لعاقد به[11] باللفظ، إلا أن يرد بعيب، أو نحوه، أو يتقايلا.

---

(1) انظر: المدونة: 8/140، وما بعدها.

(2) في (ف2): (مؤخراً).

(3) في (ف2): (غاية).

(4) في (ش): (وكذا).

(5) قوله: (أو كان) يقابله في (ش): (وكان).

(6) قوله: (بالنقد) ساقط من (ش).

(7) قوله: (معينا) ساقط من (ش).

(8) في (ف2): (ببعض).

(9) قوله: (عرضا) ساقط من (ش).

(10) في (ش): (اكترى).

(11) قوله: (لعاقد به) يقابله في (ش): (العاقد له).

قال ابن القاسم: ومن اكترى دابة ليركبها يوماً[1] بدرهم، فأمكن منها فلم يركبها[2] حتى مضى اليوم؛ لزمه الكراء، وكذلك إن اكتراها ليزفوا عليها ليلتهم عروساً، فلم يزفوها تلك الليلة؛ فعليهم الكراء.

وإن اكتراها ليشيع رجلاً، أو ليركبها إلى موضع سماه، فبدا له، أو للرجل؛ فقد لزمه الكراء، وليكري الدابة إن شاء إلى الموضع في مثل ما اكترى.

وإن اكترى إلى الحج، أو إلى بيت المقدس، فعاقه مرض، أو سقط[3]، أو مات، أو عرض له غريم حبسه في بعض الطريق؛ فالكراء عليه، وله كراء الدابة، أو لورثته في مثل ما أكرى من مثله.

وصاحب الإبل أولى بها على إبله من الغرماء، حتى يقبض كراءه منه، وللغرماء أن يكروها في مثل ما اكترى.

وفي كراء الدور باب من معنى هذا الباب[4].

وإن اكتريت ثوراً ليطحن لك إردبين، كل يوم بدرهم، فوجدته لا يطحن إلا إردباً [(ش: 2/ب)]؛ فلك رده، وعليك في الإردب نصف درهم.

وإذا اكتريت دابة بعينها، فإذا هي جموح، أو عضوض أو لا تبصر بالليل[5]،أو بها دبرٌ فاحش يؤذي ريحها؛ فما أضر من ذلك براكبها فلك فيه الفسخ، لأنها عيوب، والكراء غير مضمون.

وإذا مرض العبد في مدة الإجارة؛ سقط عنك كراء أيام مرضه، وإذا صح في بقيةٍ من[6] المدةِ؛ عاد إلى عمله[7].

---

(1) في (ف2): (يومه).

(2) قوله: (فلم يركبها) يقابله في (ش): (فتركها).

(3) في (ف2): (سقطة).

(4) انظر: المدونة: 8/143 و144.

(5) في (ش): (بليل).

(6) قوله: (من) زيادة من (ف2).

(7) انظر: المدونة: 8/145، 146.

يريد مدة معلومة[1].

قال غيره في كتاب الإجارة: إلا أن يتفاسخا قبل ذلك[2].

وإذا اعتلت الدابة المكتراة في الطريق،يريد بعينها[3]؛ فسخ الكراء، بخلاف العبد للضرر في صبر المسافر عليها، وهي إن صحت لم تلحقه.

ولو رضي المكتري بالمقام عليها، و[4] أبى ربها إن[5] مرضت إلا بيعها، فإن كان مرض يرجى برؤه إلى ما قرب من اليومين، ونحوها فيها لا ضرر فيه؛ حبس لذلك، وإن كان فيه ضرر؛ فسخ[6].

أراه لأن كراء الحاج أياماً بأعيانها فإذا زالت انفسخ الكراء[7].

وإذا هرب الجمال فأنفقت على الإبل؛ فلك الرجوع بذلك، وكذلك إن اكتريت من يرحلها؛ رجعت بكرائه.

ولو هرب بإبله والكراء إلى مكة أو غيرها[8]؛ تكارى لك عليه الإمام، ورجعت عليه بها اكتريت به.

---

(1) قوله: (يريد مدة معلومة) زيادة من (ف2).

(2) انظر: المدونة: 8/49.

(3) في (ف2): (لعينها).

(4) في (ف2): (أو).

(5) في (ش): (إذا).

(6) عياض: وقوله في اعتلال الدابة: (إذا قال ربها: أنا أريد بيعها إذا صارت لا تحمل، وقال المكتري: أنا أقيم عليها حتى تبرأ، ثم قال: إذا كان مرضاً لا يرجى برؤه إلا بعد زمان، وتطاول أمرها مما يكون في إقامته عليه ضرر على صاحبها فلا يصلح الضرر).
قال بعضهم: فيه حجة على جواز بيع المريض، وقد يحتمل أن هذا المرض ليس مما يخشى منه الموت، ولكن مما يمنع السير مدة، كرهصة وشبكة ونحوها مما لا يخاف منه الموت على الدابة أو تكون هذه الدابة بعيراً مما يباع لينحر ويؤكل، ومرضه مما لا يتقى لذلك. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1/2092 و2093.

(7) قوله: (أراه لأن كراء الحاج أياما بأعيانها فإذا زالت انفسخ الكراء) زيادة من (ف2).

(8) في (ش): (غيره).

محمد: إنما يكرى عليه إن كان له مال معروف[1].

وإذا تغيب الجمال يوم خروجك؛ فليس لك عليه إن لقيته بعد ذلك إلا الركوب، أو الحمل؛ وله كراؤه، وهذا في كل سفر في كراء مضمون، إلا الحاج، فإنه يفسخ، وإن قبض الكراء؛ رده لزوال إبانه.

وكذلك قال مالك في الدابة بعينها يكريها ليركبها إلى غدٍ؛ فيغيب بها ربها، ثم يأتي بها بعد اليومين والثلاثة؛ فليس له إلا ركوبها[2].

وروى عن سحنون أنه قال [...][3] وغيرهم سواء في المضمون، إنما له الركوب.

ورويَ نحوه لمالك في كتاب محمد، ثم رجع مالك عن ذلك[4].

قال غيره: ولو رفع إلى الإمام؛ نظر وفسخ ما آل إلى الضرر، كمن اكترى دابةً يريد بعينها[5] فاعتلت في سفره.

قال ابن القاسم: والذي أرى أنه إن أكراها بعينها إلى بلد، ليركب في غده[6] فأخلفه الكري؛ فليس له إلا ركوبه، أو يكري الدابة من مثله إلى البلد.

وإن اكتراها أياماً معينة؛ انتقض الكراء فيما غاب منها، [(ش: 3/أ)] كالعبد يستأجر شهراً بعينه يمرضه، أو يأبقه؛ فإنه تنتقض الإجارة، وكذلك شهر بعينه، في الراحلة بعينها لركوب، أو طحين، أو غير ذلك بخلاف المضمون[7].

وإذا هرب المكتري في كراء مكة، أو غيره؛ رفع الجمال ذلك إلى الإمام؛ فأكرى

---

(1) انظر: التبصرة، للخمى، ص: 5212.

(2) انظر: المدونة: 8/185.

(3) كلمة غير واضحة بالأصل.

(4) قوله: (وروي عن سحنون... ذلك) زيادة من (ق)، وانظر المسألة في: النوادر الزيادات: 7/93 و94.

(5) قوله: (يريد بعينها) ساقط من (ق).

(6) في (ش): (غد).

(7) انظر: المدونة: 8/185، 186.

الإبل للهارب،ويقضي للجمال من ذلك كراؤه، وإن لم يجد له كراء؛ تركها، وتبعه بجميع الكراء.

وقال[1] فيمن اكترى على حمل متاع، أو طعام، عند وكيله ببلد آخر، فلم يجد الجمال الوكيل؛ فإن الإمام يتلوم له بغير ضرر، فإن جاء، وإلا أكرى[2] الإبل للمكتري، وكان الكراء له، فإن لم يجد كراء؛ تركها، وكان للجمال جميع كرائه، وإن رجع ولم يرفع ذلك إلى السلطان، وبالبلد سلطان؛ فليرجع ثانيةً، ويحمل فإن لم يكن بها سلطان فتلوم[3] الكرى، وانتظر، وأشهد؛ كان ذلك له عذراً[4]؛ وله الكراء، ولا يرجع.

ابن وهب عن مالك: ولو واعد المكتري الجمال إلى موضع، فجاء الجمال فلم يجده؛ دخل على إمام البلد، إلا أن لا يجد كراءً، فإن انصرف، ولم يكر، ولم يعلم الإمام، وكان الكراء بالبلد ممكناً إلى البلد الذي أكرى إليه؛ فلا شيء له يريد؛ وينفسخ الكراء في رواية ابن وهب في قوله: لا شيء له، وإن لم يكن الكراء موجوداً، وجهل إعلام الإمام؛ لم أرَ أن يبطل عمله يريد؛ ويأخذ جميع الكراء، ولا يرجع ثانيةً[5].

ومن غير المدونة: قال[6] ابن القاسم: وإن أكراها لنفسه فعليه الرجوع ثانيةً، وإن أكراها للمكتري، ولم يرفع إلى الإمام؛ فالمكتري مخير، فإن رضي؛ فله الكراء إن كان مثل ما أنقده فأقل، فإن كان أكثر؛ فليس له أخذ الفضل إن أنقده، ولو كان الإمام أكراها؛ فله[7] أخذ ذلك؛ كان أقلَّ، أو أكثر.

وقال سحنون: إن أكرى[8] بأقل؛ رجع ثانيةً، والكراء له، وإن كان بأكثر؛

---

(1) في (ق): (وقاله).

(2) في (ش): (اكترى).

(3) قوله: (فتلوم) ساقط من (ش).

(4) في (ق): (عذر).

(5) قوله: (ثانية) زيادة من (ق)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/187، 188.

(6) قوله: (قال) زيادة من (ق).

(7) في (ق): (كان له).

(8) في (ق): (كان).

فالمكتري بالخيار، إن شاء رده ثانية، وإن شاء أخذ منه قدر رأس ماله، وترك له[1] الفضل[2].

ومن[3] المدونة: وإذا مات راكب المحمل؛ أكري [(ش: 3/ب)] شقه، فإن لم يجدوا كراء، فجميع الكراء في ماله.

وإن أكرى إلى الحج، أو غيره، ثم تقايلا برأس المال، أو بزيادة وقد نقده، أو لم ينقده، فإن كان قبل الركوب، وقبل النقد، أو بعد النقد وقبل غيبته عليه؛ فلا بأس بالزيادة، ممن كانت، وإن نقده وتفرقا؛ جازت الزيادة من المكتري قصاصاً، ولم تجز من الكري؛ لأنه ردّ أزيد[4] مما أخذ، وصار الكراء محللاً، وكذلك بعد سيرهما يسيراً من المسافة للتهمة؛ أن يكون ذلك محللاً، وأما بعد السير الكثير من الطريق مما لا يتهمان فيه؛ فجائز أن يزيده الكري إذا عجل الزيادة، وهذا بخلاف البيوع وأكرية الدور[5].

وقال في غير المدونة: ولا يجوز تأخير الزيادة[6] في الكراء المضمون[7].

ابن القاسم: ويدخل في تأخير الزيادة الدين بالدين، ولا بأس أن يزيده المكتري، وإنما تجوز زيادة المكتري بعد النقد قصاصاً، وإلا لم يجز، ركبا أو لم يركبا.

قال غيره: لا يزيده الكري إن غاب على النقد قبل الركوب، أو بعد يسير الركوب أو كثيره؛ لأنه سلف جر نفعاً[8].

قال سحنون: هذا إن لم يركب، وأما لو تقابلا بعد أن سار على أن يسترجع حصة

---

(1) قوله: (له) زيادة من (ق).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/98.

(3) قوله: (ومن) يقابله في (ق): (قال ابن القاسم في).

(4) في (ق): (أكثر).

(5) انظر: المدونة: 8/188 و189.

(6) قوله: (الزيادة) زيادة من (ق).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/91.

(8) انظر: المدونة: 8/189، 190.

بقية المسافة؛ فهو بيع وسلف.

قال[1] محمد: قال ابن القاسم: كراء الدور كالسلع المضمونة، إن أقاله بعد ما سكن على أن يرد عليه حصة ما بقي من الكراء؛ لم يجز، وهو بيع وسلف، ولو لم ينتقد[2] -محمد: أو انتقد- ولم يسكن لجاز[3].

يريد ولم يسكن؛ أي ولم يضمن من المدة شيئاً، وأما إذا أمكنه منها فتركها؛ فلذلك حصة من الكراء وإن لم يسكن.

محمد: ويجوز تأخيره بالثمن إذا أقاله ولم يسكن؛ لأنه كراء حادث بخلاف الحمولة؛ لأنه كراء مضمون فهو دين فسخه في دين، وإذا سارا من الطريق ما لا يتهمان فيه؛ جاز أن يقيله على أن يرد عليه حصة ما بقي، أو يزيده؛ بخلاف الدور إذا كان ذلك لسبب[4]؛ إما لدبر بإبله، أو لشر وقع بينهما، أو يهلك أحدهما، أو يفلس إذ لا [(ش: 4/أ)] يتهم أحد في هذا على قصد بيع وسلف، وهذا إذا نقده، وأما إن لم ينقده؛ فذلك جائز[5].

ومن المدونة: وإن فلس المكتري؛ فالجمال أولى بالمتاع حتى يقبض كراءه، أو يكري الغرماء الإبل في مثل كرائه، سار قليلاً أو كثيراً، أو لم يركب بعد، وقد قبض المتاع، وكذلك الصناع[6].

ومن كراء كتاب الدور: وإن فلس الجمال؛ فالمكتري أحق بالإبل، حتى يتم حمله، إلا أن يضمن له الغرماء حملانه، ويكتروا له من أملياء، ثم يأخذوا الإبل فيبيعونها في دينهم.

---

(1) قوله: (قال) ساقط من (ق).

(2) في (ق): (ينقد).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/146

(4) في (ق): (بسبب).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/120، 121.

(6) انظر: المدونة: 8/190 و191.

قال غيره: لا يجوز أن يضمنوا حملانه(1).

لم يقرأ يحيى قول غيره.

محمد: هذا قول ابن القاسم في كراء إبل معينة حمل عليها، أو لم يحمل، وأما الكراء المضمون؛ فلا يكون أحق بالإبل حتى يحمل عليها ورب(2) الإبل وجميع الصناع أحق بما في أيديهم في الموت والفَلَس(3).

قال في كتاب الجعل: وكذلك رب السفينة أو الحامل على عنقه(4).

وفي كتاب كراء الدور من هذا المعنى.

جامع القول في التعدي في الكراء؛ وهل لأحدهما أن يزيد، أو يردف، أو يكري من غيره والكري يبيع الدابة.

والقضاء أن كل متعد إلى أكثر مما أذن له ضامن، وقد أجاز غير واحد من التابعين الربح في الكراء، ولم يروه تعدياً.

قال ابن القاسم: ومن اكترى ليركب؛ فحمل مكانه مثله في الخفة(5) والأمانة؛ لم يضمن، فإن اكترى ممن هو أثقل منه، أو من غير مأمون؛ ضمن، فإن أكرى(6) من غير مأمون فادعى هلاك الدابة؛ لم يضمن الثاني، وضمن المكتري الأول لربها بتعديه، وأكره له أن يكري من غيره إذ قد يكري منه لحاله وحسن ركوبه، فإن فعل؛ لم يضمن إن حمل مثله في الثقل والحال، وأما في موته؛ فلورثته حمل مثله، وأكثر قول مالك: أن ذلك له في الحياة(7).

(1) انظر: المدونة: 8/276.

(2) في (ش): (رب).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 10/75 و76.

(4) انظر: المدونة: 8/41.

(5) في (ش): (الثقل).

(6) في (ش): (اكترى).

(7) انظر: المدونة: 8/148، وما بعدها.

وقال في كتاب الإجارة: إن ذلك له، إن بدا له عن السفر(1).

وإن اكترى لحمل متاع؛ فله كراء ذلك في مثل ما اكترى، وليس لها إصرافها إلى غير البلد الذي اكترى [(ش: 4/ب)] إليه؛ وإن ساواه في المسافة، والصعوبة، أوالسهولة إلا بإذن المكترى، ولم يجزه غيره وإن رضيا؛ لأنه دين في دين إلا بعد صحة الإقالة؛ يريد بعد رد النقد إن كان نقده على قول غيره(2).

وإن زاد على الدابة في الحمل فعطبت، فإن زاد ما يعطب في مثله؛ خير ربها بين أخذه بقيمته كراء ما زاد على الدابة بالغاً ما بلغ مع الكراء الأول، أو قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له، وهذا إن زاد في أول حمله.

وإن زاد ما لا يعطب في مثله؛(3) فله كراء الزيادة ما بلغ فقط مع كرائه الأول.

وكذلك كراؤك لعشرة أقفزة فحملت أحدى عشر فعطبت؛ فإن كان لا يعطب الزائد، ولا يفدحها؛ فله(4) كراء الزائد ما بلغت قيمته.

وكذلك كراء الزائد في المسافة ما بلغ، وكذلك الرديف فيما ذكرنا.

وكذلك لو أكراها ليشيع عليها رجلاً فأردف خلفه رجلاً فعطبت، وينظر إن عطبت لذلك كما ذكرنا(5)، وأما زيادة الحاج في وزن الزاملة أكثر من شرطه مما يعطب في مثله.

قال مالك: فليس ذلك كغيره فقد عرف للحاج زيادات في السفر والأطعمة لا ينظر فيها المتكاري ولا يعرف ما حمل؛ فلا ضمان في ذلك.

قال: وذلك إذا كان الكري قد رأى ذلك، وحمله فالضمان ساقط(6).

وإذا انتقصت زاملة الحاج، أو نفدت، فأراد تمامها، وأبى الجمال حملاً على ما

---

(1) انظر: المدونة: 8/95.

(2) انظر: المدونة: 8/149.

(3) قوله: (في مثله) يقابله في (ق): (فيه).

(4) في (ش): (فيه).

(5) في (ش): (ذكرت).

(6) انظر: المدونة: 8/150.

تعارفه الناس.

قال غيره: فإن لم تكن سنة؛ فله حمل الوزن الأول المشترط إلى تمام غاية الكراء[1].

وإذا بلغا الغاية التي أكرى إليها، ثم زاد ميلاً، ونحوه فعطبت؛ فلربها كراء الأول، والخيار في أخذ قيمة[2] كراء الميل الزائد ما بلغ، أو قيمة الدابة يوم التعدي، ولو ردها لحالها بعد زيادة ميل، أو أميال، أو بعد أن حبسها اليوم ونحوه؛ لم يضمن إلا كراء زيادة مدة الأمد.

وإن أكراها يوماً فحبسها أياماً أو شهراً، وردها بحالها؛ فله كراء اليوم، والخيار [(ش: 5/أ)] في أخذ قيمتها يوم التعدي، أو قيمة كراء ما حبسها له من عمل، أو قيمة كراء حبسه إياها لغير عمل ما بلغ ذلك، وإن لم تتغير.

قال غيره: إن كان ربها حاضراً معه في المصر، فإنما له فيما حبسها له من عمل[3] بحساب الكراء الأول، وكأنه رضي به؛ لأنه كان قادراً على أخذها، وإن كان غائباً عنه ورد الدابة بحالها؛ فله من[4] الزيادة الأكثر من قيمة كراء ذلك، أو من حساب الكراء الأول؛ عمل عليها شيئاً أم لا، وإن شاء فقيمة الدابة يوم حبسها، وكراؤه الأول له في كل حال[5].

قال المشيخة السبعة: إذا بلغ المسافة، ثم زاد؛ فعليه كراء زيادة المسافة إن سلمت، وإن هلكت؛ ضمن[6].

وفي الغصب طرف من ذكر تعدي المستعير، والمكتري.

وإن اكتريت دابة بعينها إلى موضع؛ فليس لربها أن يحمل تحتك متاعاً، ولا يردف رديفاً؛ وكأنك ملكت ظهرها، وكذلك السفينة، وإن حمل في متاعك على الدابة متاعاً

---

(1) انظر: المدونة: 8/167.

(2) قوله: (قيمة) زيادة من (ق).

(3) قوله: (له من عمل) زيادة من (ش).

(4) في (ش): (في).

(5) انظر: المدونة: 8/152.

(6) انظر: المدونة: 8/170.

بكراء، أو[1] بغير كراء؛ فلك كراؤه، إلا أن تكون اكتريت منه حمل أرطال مسماة؛ فالزيادة له[2].

قال أشهب: إن أكراه ليحمله له وحده أو مع متاعه؛ فكراء الزيادة للكرى[3]، وقد كان للمكتري إذا اكتراها ليركبها منعه من الزيادة.

قال ابن القاسم: وإن اكتراها ليحمل محملاً، فحمل زاملة فعطبت، فإن كان ذلك أقل ضرراً من المحمل أو مساوياً له؛ لم يضمن، وإن كان أضرَّ؛ ضمن، وكذلك حمله مكان كتان صوفاً أو دهناً؛ فربما تساوى الوزن وتفاوت الضرر؛ إما لأن ما حمله أضر لجفائه، أو لأنه أضغط لظهور الدواب، كالرصاص ونحوه.

وكذلك إذا[4] اكترى ليركب، فحمل غيره أثقل وأضر منه فما ضَمّنْته به من ذلك كله؛ فإن لرب الدابة كراء الفضل في الضرر والتعب، أو قيمة الدابة.

وكذلك إن اكترى رحى ليطحن حنطة فطحن شعيراً، أو عدساً فانكسرت، فإن كان ذلك [(ش: 5/ب)] أضرَّ؛ ضمن، وكذلك إن اكترى دابة لحمل حنطة فحمل، بزاً، أو دهناً.

قال: وله حمل غير ما سمي إن لم يكن أضر ولا أثقل ولا أتعب، وربَّ زاملةٍ أثقل من محمل، وهي أرفق بالإبل، والحديد أضغط لظهورها[5].

قال[6]: وإن اكترى لحمل دهن، فحمل رصاصاً، فكان مثله في الثقل والضرر؛ فذلك له؛ وكذلك كل ما ساواه في الضرر والثقل.

وإن اكترى ثوراً ليطحن به إردباً في اليوم، فطحن به إردبين فعطب؛ فلزمه إن شاء كراء الإردب الأول، وقيمة الثور وقت ربطه في الثاني، وإن شاء قيمة طحين الثاني ما

---

(1) في (ش): (أم).

(2) انظر: المدونة: 8/147، 148.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 10/459.

(4) في (ق): (إن).

(5) انظر: المدونة: 8/153، 154.

(6) قوله: (قال) زيادة من (ق).

بلغ مع الكراء الأول.

وإن اكتريت دابة من مصر إلى برقة، ذاهباً وراجعاً إلى مصر، فتماديت إلى إفريقية، وعدت إلى مصر؛ فربها مخير في أخذ قيمة كرائها من برقة إلى إفريقية ذاهباً، وراجعاً إلى برقة؛ ما بلغ مع كراء الأول، أو نصف الكراء الأول، مع قيمتها ببرقة يوم العداء، ردها بحالها، أم تغير حالها؛ لأن سوقَها قد تغير، ولطول حبسه عن نفعه بها، أو عن أسواقها.

وقال مالك: وإن أكراها إلى بلد ذاهباً وراجعاً[1]، فعطبت يوم وصولها إلى البلد؛ فلربها نصف الكراء فقط، وإن جاوزها؛ فلربها أخذ قيمتها يوم تعديه، مع كرائها إلى ذلك الموضع، وإن شاء دابته وكراء ما تعدى فيه[2].

يريد: ردها بعد أن حال سوقها، وطال حبسه لها في تعديه[3] مع كرائه الأول.

وإن باع الكري الدابة، أو الدار، أو وهبها، أو تصدق بها؛ لم يجز ذلك؛ لأن المكتري أحق بهما في الموت والفلس بقية المدة؛ كطعام بعينه مات بائعه، أو فلس قبل كيله.

وإن ذهب مبتاع الدابة بها فلم يوجد؛ فسخ الكراء، وترجع بما نقدت، ولو قدرت عليه وربها غائب، فأقمت بينة على كرائك؛ كنت أحق بها، ونقض البيع، وللمبتاع الرضا بتأخيرها إلى تمام مسافتك إن قربت وإن بعدت؛ لم يجز.

وفي أكرية الدور باب من معاني [(ش: 6/أ)] هذا الباب، وكذلك في الإجارة.

القضاء في ضمان الأكرياء، وما يجب بهلاك الحمولة، من فسخ، أو اكتراء، أو حمل، وفي ضمان المكتري، وغير ذلك.

والقضاء أن الأكرياء والأجراء، فيما أسلم إليهم، كالأمناء عليه؛ لا يضمنونه إلا الصناع؛ إذ لا غنى عنهم، والأكرياء على حمل الطعام، والشراب، والإدام خاصة؛ إذ لا

(1) في (ق): (وجائيا).

(2) انظر: المدونة: 155/8،ومابعدها.

(3) قوله: (ردها بعد....تعديه) زيادة من (ش).

غنى عنه فيضمنون، إلا أن تقوم بينة بهلاكه بغير سببهم، أو يكون معهم أربابه لم يسلموه إليهم حملوه على سفينة، أو دابة، أو رحل.

قال ربيعة: ولا يضمن المال، ولا العروض، ولا يحل أن يأخذ أحد بضمانه أحداً.

قال ابن عمر: لا يجوز كراء ضمان[1].

قال السبعة من فقهاء التابعين: وإن شرط عليه ضمان العروض؛ لم يلزمه، إلا أن يخالفه في شرط يجوز كشرطه أن لا يسري بليل، أولا ينزل بلد كذا، أو وادي كذا فيفعل فيهلك المتاع؛ فإنه ضامن.

قال ابن القاسم: وإذا قال الكري في كل عرض: إنه هلك، أو سرق، أو عثرت الدابة فانكسرت القوارير؛ صدق، إلا أن يستدل على كذبه، ولا يصدق في الطعام.

ولكل صانع أو حمال[2] على ظهر، أو سفينة، منع ما عمل[3] أو حمل حتى يقبض أجره، فإن هلك بأيديهم في منعهم؛ فالصناع ضامنون، ولا أجر لهم، إلا أن تقوم بينة على الضياع؛ فلا ضمان عليهم.

قال ابن القاسم: ويضمن الأكرياء ما ذكرنا من الطعام، والإدام، إلا أن تقوم بينة أنه هلك بغير سبب حامليه، أو بصحبة ربه؛ فيبرأوا، ولهم جميع الكراء إن بلغوه غايته، وإلا حملوا مثله إلى غايته، إلا السفن فلا شيء لهم إلا على[4] البلاغ[5].

قال ابن حبيب: يضمنون مثله بالبلد الذي حملوه إليه، ولهم الكراء[6].

ابن القاسم: ولا ضمان عليهم في سائر العروض، ويصدقون فيها، إلا أن لهم منع أهلها منها حتى يقبضوا كراءهم، فإن حازوها لذلك حيازة الرهن؛ فإنهم يضمنونها

(1) انظر: المدونة: 8/171.
(2) في (ق): (حامل).
(3) في (ق): (يحمل).
(4) قوله: (على) زيادة من (ق).
(5) انظر: المدونة: 8/168، وما بعدها.
(6) انظر: النوادر والزيادات: 7/106 و107.

كالرهن، ولهم الكراء كله إن بلغوا ذلك غايته ضمنوه، أو لم يضمنوه[1].

---

(1) انظر: المدونة: 8/168، وما بعدها.

عياض: وقوله في الأكرية في غير الطعام إذا حبسوه إلا أن يغيبوا بذلك ويحوزوه عن أصحابه فيكون بمنزلة الرهن فهم ضامنون، معناه إذا ضاع بعد البلاغ ولم يضع في الطريق إذ لا يجب عليهم في الطريق ضمان؛ لأنهم هناك فيه مؤتمنون، وإن كانوا أخذوا لذلك أجرا.

وقول غيره في هذه المسألة ليس المعين كالمضمون، اختلف في معناه، وفي ماذا يختلف، وفي أي وجه يتحالفان؟

فقال ابن أبي زمنين: معناه أنهما يتحالفان، ويتفاسخان في بقية المسافة، إذا كان في راحلة بعينها، ككراء الدور.

وقال عبد الحق: يريد أنهما يتحالفان ويتفاسخان في المضمون، بخلاف المعين، وعند ابن القاسم لا يتفاسخان فيهما، ويبلغان المسافة التي اتفقا عليها، وسنة المضمون إذا قبض كالمعين.

قالوا: ولو كانت المضمونة قد هلكت لاتفق جواب ابن القاسم عليها وغيره أنهما يتفاسخان إذا لم يحز المكتري شيئا في يديه فيصدق من أجله فهو مدع.

وظاهر ما ذهب إليه حمديس في اختصاره للمسألة، إنما هو في التفليس الذي تكلم فيه من فصول المسألة فقال: ومن تكارى إلى مكة فحمله الحمال على بعير من إبله فليس له نزعه من تحته إلا بإذنه، سواء كان في راحلة بعينها أو في مضمون، فإن فلس الجمال فكل واحد من هؤلاء أحق بما تحته من الغرماء، ومن أصحابه حتى يستوفي حقه، وإن كان مضموناً؛ لأنه لما أعطاه البعير فركبه فكأن كراءه وقع عليه. وقال غيره: ليس المضمون مثل الراحلة بعينها، فظاهر كلامه أن الخلاف إنما هو في هذا الأصل، وإلى هذا كان يذهب القاضي بن سهل في تأويل كلام حمديس، وهو مذهب ابن المَوَّاز، وأنكر كلام ابن القاسم، وقال: إنما يجب أن يكون أحق بها إذا كانت معينة، قبضوها أو لم يقبضوها.

وتأمل قوله: وكل واحد من هؤلاء أحق بما تحته من الغرماء، ومن أصحابه، حتى يستوفي حقه، فمعناه في المضمون وأنه إنما هو أحق به مادام تحته وحينئذ ليس للمكري أن يبدلها له، وإن كان الجمال يديرها عليهم في الحمل والركوب فكل واحد أولى بما تحته، وفي يديه، وتحت حمله، كما قال في كتاب محمد، وهذا يدلك أنه أولى به مادام في يديه في المضمون.

قال بعض الشيوخ: ولو كان تسليم ذلك ليستوفي ركوبه منه لا يبدل له ذلك، إلا أن تموت الدابة أو يأتي ما يمنع ركوبها، كان أحق به في الموت والفلس والقول قوله في الاختلاف وإلى هذا أشار اللخميّ. وأما المعين فهو أحق به قبض أو لم يقبض، ركب أو لم يركب كمشتري السلعة يفلس صاحبها قبل القبض، كذا قال في كتاب محمد: ومعنى مسألة العتبية إذا أراد الجمال أن يدير بينهم الإبل لم يكن ذلك إلا عن رضى منهم لعله بعد ركوبه، وإن ذلك من حقه حتى ينزل أو يكون فيما

ومن كتاب ابن المواز: قال مالك: وأما ما يحملون من غير الطعام من [(ش: 6/ب)] الثياب، والأمتعة، وغيرها، فيزعمون أن ذلك قد تلف؛ فالقول قولهم، ولا ضمان عليهم، ولهم الأجرة كاملة، وعليهم حمل مثله لصاحبه بقية الطريق، أو يكري ذلك في مثله.

وقال ابن حبيب: لهم من الكراء بحسابه إلى الموضع الذي ادعوا فيه تلفه، وكذلك لو تلف المتاع بسببه، مثل أن يغر من عثار دابته، أو ضعف حباله، فعثرت، أو انقطعت الحبال، فتكسرت القوارير، وما أشبه ذلك، فضمن ؛ فإنما يضمن قيمته بموضع هلك فيه، وله من الكراء بحسابه، وليس للمكري أن يلزم المتكاري أن يأتيه بمتاع غيره يبلغه له إلى البلد ليستوفي كراءه، ولا ذلك لصاحب المتاع إن طلبه وأباه الكرى.

وأما الطعام والإدام يدعي هلاكه ببعض الطريق؛ فيلزمه[1] الضمان؛ إما لأن هلاكه مجهول، أو قد علم، إلا أنه من سبب عثار، أو حبل، أو استهلكه هو؛ فإنما يضمنه بالبلد الذي كان عليه أن يبلغه إليه؛ وله الكراء كاملاً.

وإذا كان هلاك طعام، أو متاع بسبب الكرى، إلا أنه مما لا يضمنه بالبلد الذي كان عليه أن يبلغه إليه[2]، مثل عثار دابته[3]، أو ضعف حبال لم يغر منه وكان معلوماً ببينة،

= دفعه على التسليم، واستيفاء الحق، كما تقدم.

ولو نزل عنها ثم سرحت في المرعى، فلابن القاسم في العتبية: المكتري الذي نزل عنها أحق بها.

وقوله في هذه المسألة: القول قول المكتري إذا أتى بما يشبه خرج منه بعضهم مراعاة الأشبه في تداعي المتبايعين في القيام، ورد غيره هذا بأن المسألة فيها هنا فوات، وهو المسير من السفر ما فيه ضرر ففيه فوات، وإنما مراعاة الأشبه بعد الفوات، وأما قبل فلا يراعيه ابن القاسم، وراعاه ابن الماجشون وابن وهب وابن حبيب، ويخرج من كتاب الدور والأرضين من قول غيره، إذا اختلفا بعد النقد فالقول قول المكتري مع يمينه، إذا كان يشبه ما قال الآخر، وقد يقال في هذا أيضاً أنه فائت لمغيبه على النقد والله أعلم.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1/ 2094، ومابعدها.

(1) في (ش): (فلزمه).

(2) قوله: (بالبلد... إليه) ساقط من (ش).

(3) في (ق): (دابة).

أو كان ربه معه فسقط الضمان عن المكتري؛ فالكراء أيضاً يسقط عن المتكاري.

وكذلك كل ما كان سببه من سبب حامليه، وزال فيه الضمان، ولو كان ذهاب الطعام بغير سبب حامله من لصوص، أو أمر من السماء؛ فالكراء قائم وليأت ربه بمثله يحمله له[1].

ومن المدونة: وما استحملت من[2] السوق على رحل، أو دابة، من كل شيء إلى بيتك، أو إلى بلد، فعطب، أو سرق، أو غصب، أو كان ذلك طعاماً، فثبت ذلك فيه ببينة؛ فللكري الكراء بأسره، وعليه حمل مثله[3].

محمد: من موضع هلك فيه، وما عطب من ذلك بسبب حامله من دابة، أو غيرها من عثار، وغيره؛ فلا كراء فيه؛ إلا على البلاغ كالسفن، ولا يضمن؛ إلا أن يغرَّ من العثار، وكذلك ما هلك من سبب حامله من دابة، أو ظهر رحل، أو سفينة؛ فلا كراء[4] له، ولا ضمان فيه[5].

قال[6] محمد: ويرد الكراء إن قبضه، وليس لربه أن يأتي بمثله ليحمله، وكذلك هروب الدابة.

قال غيره: ليس الدواب كالسفن فيما هلك بسبب حامله [(ش: 7/أ)]، إذ لا يضمنون بسبب العثار إن لم يغرّوا؛ فلهم جميع الكراء فيما هلك عن العثار، ولأربابه حمل مثله إلى غايته، كالذي هلك بلصوص أو سئل، وإن غرّوا ضمنوا.

قال ابن نافع: لرب السفينة بحساب ما بلغت[7].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/106، 107.

(2) في (ش): (في).

(3) انظر: المدونة: 8/178 و179.

(4) في (ش): (فالكراء).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/106.

(6) قوله: (قال) زيادة من (ق).

(7) انظر: المدونة: 8/173.

قال يحيى: يفرق؛ إن كانت تجري الريف، أو توسطوا البحر[1].

قال ابن القاسم: وما هلك من طعام، أو قوارير، بعثار، أو انقطاع حبل؛ لم يضمن إذا قامت بينة في الطعام، إلا أن يغرَّ من عثار، أو ضعف الأحبل عن حمل ذلك، وإلا فإن فعل العجماء جبار ما لم يفعل بها رجل شيئاً عثرت له[2]؛ فيضمن الفاعل[3].

قال يحيى بن سعيد: ويضمن ما ضيع[4].

وإذا زاحمه الناس فانكسرت الآنية؛ فالذي زاحمه ضامن لما هلك من الآنية، وما فيها حملها على ظهره، أو دابته.

وقد قال مالك في حاملي الجرتين يصطدمان فيكسراهما: إن كل واحد ضامن لجرة الآخر، وإن سلمت لأحدهما؛ ضمن للآخر التي عطبت.

وإذا اكترى[5] من مصر إلى فلسطين، وغرَّه بالعثار فعثرت بالعريش[6] فذهب الدهن؛ ضمن قيمته بالعريش[7]؛ يريد: لم يعلم[8] وزنه.

قال غيره: قيمته بمصر إن أراد؛ لأنه منها تعدى[9].

وإذا اكتريت لحمل عرض بعينه فهلك بأمر من الله، أو كان طعاماً فثبت هلاكه؛ فالكراء قائم، ولك حمل مثله، وإن لم يحمل شيئاً؛ فالكراء لازم.

قال: ولك كراء الإبل في مثل ذلك، فإن لم تجد إبلاً؛ لزمك الكراء، فإن لم تحضر

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/ 111.

(2) في (ش): (به).

(3) انظر: المدونة: 8/ 167 و168.

(4) انظر: المدونة: 8/ 169.

(5) في (ش): (أكرى).

(6) عياض: والعريش - بفتح العين - موضع. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1/ 2091.

(7) عياض: وقوله في: (الدهن قيمته بالعريش)؛ معناه لم يعرف وزنه أو كيله إن كان بيعه بأحدهما. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2094.

(8) في (ق): (يعرف).

(9) انظر: المدونة: 8/ 171، 172.

أنت أو وكيلك إلى الإمام[1]؛ رفع ذلك الجمال إلى عامل البلد، فيكرى لك الإبل، فإن لم يجد كراء؛ فليطلب ذلك الجمال إمامه، فإن لم يجد؛ فله جميع الكراء.

وإذا غرقت سفينة[2] في ثلثي الطريق؛ فلا كراء لربها.

ورأى مالك أن[3] ذلك على البلاغ[4].

قال غيره: له بحساب ما سارت[5].

قال ابن القاسم: ولا يضمن[6] إن كان طعاماً؛ لأنه من أمر الله ولا كراء له.

يريد ولأنه مما يغاب عليه.

وأما الدواب إذا هلك ما حملت بأمر من الله؛ فالكراء قائم، وللمكتري أن يأتي بمثل المتاع فيحمله، أو يكري الإبل في مثل ذلك، وكذلك الطعام [(ش: 7/ب)] يضمنه ربه أو يثبت هلاكه[7].

وإذا غرقت السفينة من تعدي النواتية[8]، إذا خرقوا[9] في مدهم، وعلاجهم؛ ضمنوا ما هلك فيها من الناس والحمولة كتعدي من استعملته في بيتك من صناع، أو طبيب، أو غيره[10].

---

(1) قوله: (إلى الإمام) زيادة من (ق).

(2) في (ق): (السفينة).

(3) قوله: (أن) زيادة من (ق).

(4) انظر: المدونة: 8/178.

(5) في (ش): (سار).

(6) في (ق): (يضمنه).

(7) انظر: المدونة: 8/173، وما بعدها.

(8) النوَّاتيةُ: الملاحون. انظر: لسان العرب: 2/101.

عياض: ومدُّ النواتية وخرقهم بتشديد الياء، وضم الخاء والقاف؛ أي من عنفهم وإسرافهم فيما فعلوه بالسفينة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1/2091.

(9) عياض: والخرق، ضد القصد، يقال: منه خرق يخرق، وأعنتها: أهلكها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1/2091.

(10) انظر: المدونة: 8/175، 176.

وأما إذا اكتريت منه لحمل صبي، أو أسلمته إليه، فساق فعثرت الدابة فسقط فمات؛ لم يضمن، إلا أن يخرق في سوقه، وكذلك البيطار في طرح الدابة؛ لا يضمن، إلا أن يتجاوز في طرحها؛ فيضمن.

وإذا أكراك ثوراً للطحين فكسر المطحنة، وأفسد آلتها؛ لم يضمن، إلا أن يغرك منه، وهو يعلم ذلك منه كالدابة العثور والربوض(1).

وإذا حمل لك الطعام فزاد أو نقص ما يشبه الكيل؛ فلا شيء له ولا عليه من ضمان، ولا حصة كراء، فإن زاد ما لا يشبه؛ فليس لك أخذ الزيادة، وإن لم يدعها(2) الجمال، وقال: قد(3) زدت على غلطاً، فإن صدقته؛ أخذتها وغرمت كراءها، وإن أنكرت الغلط؛ لم يصدق الجمال، وربما اغترق ثمنه كراءه، إلا أن تشاء أنت أخذه(4) وغرم كرائه.

وإذا زاد الكيل، وقال رب الطعام: أنا آخذ طعامي ومقدار زيادة كيلي؛ فليس له أن يأخذ إلا كيل طعامه خاصة، إلا أن تكون زيادة الكيل أمراً معروفاً عند الناس كلهم.

وإذا ضرب المكتري(5) الدابة أو كبحها، فأذهب عينها، أو كسر لحييها؛ ضمن، والرائض مثله، ولو ضربها كضرب الناس؛ لم يضمن، وكذلك ما تولد عن فعل الراعي مما يجوز له فعله، وإن جاوز؛ ضمن.

ومسألة اصطدام الفرسين، والسفينتين، كتبتهما في اختصار الديات، وفي تضمين الصناع من هذا المعنى.

---

(1) انظر: المدونة: 8/171.

(2) في (ش): (يدعه).

(3) قوله: (قد) ساقط من (ق).

(4) قوله: (أنت أخذه) يقابله في (ش): (أن تأخذه).

(5) في (ش): (المكاري المكتري).



فهرس الموضوعات



فهرس موضوعات الجزء الثاني

